



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

MARIA QUARANTA DE LOBÃO SOBRINHA

**CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS DIGITAIS: A PERÍCIA  
TÉCNICA COMO INSTRUMENTO DAS GARANTIAS**

São Cristóvão, SE  
2021

MARIA QUARANTA DE LOBÃO SOBRINHA

**CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS DIGITAIS: A PERÍCIA  
TÉCNICA COMO INSTRUMENTO DAS GARANTIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como  
requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel  
em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Shirley Silveira Andrade

São Cristóvão, SE  
2021

MARIA QUARANTA DE LOBÃO SOBRINHA

**CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS DIGITAIS: A PERÍCIA  
TÉCNICA COMO INSTRUMENTO DAS GARANTIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como  
requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel  
em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Shirley Silveira Andrade

São Cristóvão/SE, 27 de julho de 2021.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Dr. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar  
Universidade Federal de Alagoas

---

Professor Dr. Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes Urani  
Universidade Federal de Sergipe

## AGRADECIMENTOS

Para agradecer àqueles que muito contribuíram para que mais essa etapa fosse concluída, utilizo-me das palavras de Tobias Barreto, pois, de fato, *a gratidão é a virtude da posteridade*.

Antes de tudo, agradeço à força suprema que rege o universo, para que continue guiando os meus passos em direção à luz, e que o meu conhecimento esteja sempre a serviço dos que mais necessitarem.

Agradeço aos meus pais e familiares que foram fontes inesgotáveis de apoio, aos meus amigos que sempre me cobraram e incentivaram, aos escritórios em que trabalhei e muito me ensinaram.

Agradeço aos que dispuseram seu tempo e conhecimento para enriquecer esse trabalho: Renato Schindler, que me mostrou durante todo o curso uma visão crítica do Direito, meu sempre chefe Fábio Fraga com quem debati os primeiros tópicos desse tema e minha orientadora Shirley Silveira, sem sua amorosidade e incentivo tudo seria mais difícil.

A todos aqueles que estiveram ao meu lado, meu muito obrigada, carrego em mim uma eterna gratidão!

*"As forças da mudança a implementar são difíceis de gerir, não só por serem novas, mas também por operarem à escala planetária e porque o seu dinamismo de subversão as faz prevalecer sobre as perspectivas de estabilização."*

(Michel Cartier)

## RESUMO

A tecnologia se apresenta como característica indelével dos tempos atuais, provocando mudanças na forma como o ser humano interage com o mundo. As mais diversas searas da vida foram modificadas pelas inovações digitais, o que gerou reflexos também no Direito. Diante desse cenário, o presente trabalho acadêmico busca analisar a importância da preservação da cadeia de custódia das provas digitais, retratando o papel da perícia técnica para manutenção das garantias fundamentais, aprofundando-se no conceito e nos procedimentos da cadeia de custódia dos dispositivos eletrônicos. Através de uma visão interdisciplinar, objetiva-se descortinar os procedimentos realizados pela perícia forense, que atualmente ocupam lugar de destaque na obtenção das provas. Busca-se com a presente pesquisa demonstrar que é preciso encontrar uma intersecção entre as novas tecnologias, o processo penal e as garantias fundamentais. Portanto, trata-se de um estudo acerca da cadeia de custódia das provas digitais e seus desdobramentos no processo penal sob a luz do que prevê a Constituição de 1988.

**Palavras-chave:** cadeia de custódia; provas digitais; perícia forense; investigação criminal; garantias fundamentais.

## **ABSTRACT**

Technology presents itself as an indelible feature of current times, causing changes in the way human beings interact with the world. The most diverse fields of life were modified by digital innovations, which also generated reflexes in Law. Given this scenario, this academic work seeks to analyze the importance of preserving the chain of custody of digital evidence, portraying the role of technical expertise in maintaining fundamental guarantees, deepening the concept and procedures of the chain of custody of electronic devices. Through an interdisciplinary view, the objective is to unveil the procedures performed by the forensic expertise, which currently occupy a prominent place in obtaining evidence. The aim of this research is to demonstrate that it is necessary to find an intersection between new technologies, criminal proceedings and fundamental guarantees. Therefore, it is a study about the chain of custody of digital evidence and its consequences in the criminal process under the light of what is foreseen in the 1988 Constitution.

**Keywords:** chain of custody; digital evidence; forensic expertise; criminal investigation; fundamental guarantees.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.</b>	<b>7</b>
<b>2 CADEIA DE CUSTÓDIA E FIABILIDADE DAS PROVAS DIGITAIS</b>	<b>12</b>
<b>2.1 Provas Digitais</b>	<b>12</b>
<b>2.2 Cadeia de Custódia e a Perícia Forense</b>	<b>15</b>
2.2.1 Características das provas digitais	19
2.2.2 Perícia Digital Forense	21
<b>2.3 Quebra da Cadeia de Custódia e o seu Reflexo Sistema de Nulidades e Atipicidade da Prova.</b>	<b>26</b>
<b>2.4 Regulamentação através do Pacote Anticrime</b>	<b>27</b>
<b>3 A IMPORTÂNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS</b>	<b>30</b>
<b>3.1 A produção probatória e a busca pela verdade.</b>	<b>30</b>
<b>3.2 Princípios Constitucionais.</b>	<b>33</b>
3.2.1 Princípio do Devido Processo Legal	34
3.2.2 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório.	35
3.2.3 Princípio da Vedação da Presunção da Inocência	39
3.2.4 Princípio da Vedação da Prova Ilícita	41
<b>4 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES</b>	<b>44</b>
<b>4.1 RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 99.735 - SC (2018/0153349-8) – STJ</b>	<b>45</b>
<b>4.2 AG.REG. NO HABEAS CORPUS 156.157 PARANÁ – STF</b>	<b>50</b>
<b>4.3 RECLAMAÇÃO 32.722 MATO GROSSO</b>	<b>53</b>
<b>4.4 RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 104.176 - RJ (2018/0270095-7)</b>	<b>58</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.</b>	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>64</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, não se pode imaginar a troca de dados e informações sem a utilização de meios eletrônicos. Por consequência, tal aspecto reverberou nos meios utilizados para a prática de delitos e, por óbvio, nas formas de obtenção das provas. A problemática ganha forma quando se questionam os procedimentos utilizados durante a cadeia de custódia da evidência, a fim de verificar a idoneidade do material coletado.

Para desde já introduzir o conceito posteriormente detalhado, cabe destacar que a cadeia de custódia é justamente a sequência de procedimentos que ocorrerão enquanto o material coletado estiver sob a tutela do Estado. Ou seja, todo o registro do que aconteceu desde o momento da coleta, até a elaboração dos laudos que comporão a parte probatória do processo. Sendo necessário que haja o registro de todas pessoas que obtiveram acesso ao material.

Uma vez que a prática do ilícito estiver vinculada ao ambiente cibernético, trata-se, então, de “prova digital”. Nessa perspectiva, pode ser considerada como elemento de convencimento qualquer informação de valor probatório, que é armazenado ou transmitido de forma digital, como, arquivos, fotos, vídeos, históricos, localização, transmitidos pela rede de comunicação, entre outros.

Nos procedimentos de busca e/ou apreensão, os agentes do Estado têm, no processo penal, como objetivo, a localização de todos os elementos probatórios de modo a alcançar a verdade possível, notadamente informes acerca da autoria e materialidade delitiva.

A função da cadeia de custódia é, portanto, garantir que a prova coletada seja analisada através de um procedimento que assegure sua autenticidade, impedindo, assim, que durante o manuseio para a extração das informações algo seja alterado vindo a prejudicar o acusado, modificando a realidade dos fatos.

Dentro desse contexto, a presente pesquisa busca analisar a qual a importância da cadeia de custódia das provas digitais no que diz respeito às garantias constitucionais?

Ademais, será realizada uma análise da jurisprudência das Cortes Superiores, a fim de verificar os reflexos da quebra da cadeia de custódia das provas digitais, e sua importância para o devido processo legal, assegurando os princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas.

Não se pode perder de vista que, ao final do processo de coleta de informações, o que se busca é a obtenção de um arcabouço probatório autêntico, que permaneça incólume para que a decisão do magistrado esteja fundamentada em provas inidôneas. Dessa forma, é imprescindível que não ocorram alterações enquanto as provas estiverem sob a tutela das autoridades investigativas.

Apesar do livre convencimento motivado do juízo, cuja convicção será formada através da livre apreciação da prova, não se pode negar que a evidência é o que infertiliza o terreno da dúvida, permitindo que, através dos dados colhidos pelas ciências forenses, chegue-se o mais perto da verdade dos fatos.

É importante destacar que a perícia técnica é a parte fundamental na análise das provas. Dentro dessa perspectiva, é primordial que ao realizar a análise, todos os procedimentos para extração das informações sejam corretamente seguidos. Não se pode perder de vista que as provas digitais trazem uma característica peculiar que é a possibilidade de serem manipuladas, são, por isso, altamente voláteis.

A fim de garantir a inexistência de adulterações na coleta do material, é necessário que sejam utilizados conhecimentos técnicos e metodologias avançadas. Atualmente, a obtenção das provas digitais tornar-se cada vez mais complexa, uma vez que a evolução da tecnologia tem aperfeiçoado os recursos de proteção.

Dessa forma, a cadeia de custódia nas provas digitais consiste em poder identificar todas as etapas que ocorreram até a extração das informações, de maneira que não existam lacunas que suscitem dúvidas quanto a integridade das informações obtidas.

Em linhas gerais, seria assegurar que, enquanto o elemento probatório estiver sob a tutela das autoridades investigativas, todos os procedimentos sejam efetuados dentro da legalidade e devidamente registrados para que posteriormente todas essas informações estejam à disposição das partes.

Cabe destacar que o presente estudo buscou centralizar a cadeia de custódia no âmbito das provas digitais, pois cada prova terá a necessidade pericial técnica diferente.

À parte a tantas especificidades, encontram-se os operadores do Direito que, em sua maioria, desconhecem como se realiza todo o procedimento, impedindo, assim, que atuem como mais clareza na defesa dos acusados, ou no julgamento das demandas. Com isso, a natureza da

análise das provas digitais ainda é um ponto obscuro no meio jurídico, embora tenha alto poder de interferência.

Diante das indagações e questionamentos existentes a respeito da obtenção de provas através de dispositivos eletrônicos, tornou-se necessário entender também como os Tribunais Superiores têm se posicionado a despeito da alegação da quebra de cadeia de custódia das provas digitais.

A imprescindibilidade do respeito à cadeia de custódia para validação das provas obtidas pela Perícia Forense Computacional deve ganhar cada vez mais destaque nas demandas que chegam às Cortes Superiores, uma vez que a modernidade trouxe consigo a necessidade de que o Direito se molde às novas questões que lhe são apresentadas. Não se podendo mais ignorar o fato de que a fiabilidade das provas obtida pelas mídias digitais precisa ser discutida.

Deve-se salientar ainda, que com o advento da lei 13.964/19 a matéria deixou de ser regulada apenas pelos tribunais, ganhando contornos e definições na própria legislação, passando a integrar o texto do Código de Processo Penal nos artigos 158-A ao 158-F, inserido no Capítulo II.

Diante do exposto, torna-se clara a importância do estudo sobre a cadeia de custódia das provas obtidas através da análise de aparelhos eletrônicos. Sendo imprescindível analisar o conceito de cadeia de custódia para o Direito e para as ciências forenses, fazendo um paralelo com os princípios que norteiam o processo penal. Ademais, será realizada uma consulta jurisprudencial disponibilizada pelos tribunais superiores brasileiros, nos últimos 4 anos, para identificar qual o entendimento adotado quando são alegadas violações na cadeia de custódia da prova digital.

Logo, é possível auferir o ineditismo da presente pesquisa, uma vez que volta seus objetivos geral e específico a cadeia de custódia na obtenção das provas digitais, seu manuseio e coleta, bem como analisa de que modo os Tribunais Superiores vem decidindo a matéria.

Tem-se como objetivo geral da presente pesquisa investigar e analisar o conceito de cadeia de custódia com foco nas inovações tecnológicas de modo a trazer aos operadores do Direito o conhecimento sobre a coleta e manuseio de tais evidências, viabilizando que possa ser detectada possível violação da cadeia de custódia, levando a arguição de nulidade de tais evidências.

Uma vez que todos os conceitos e procedimentos estiverem devidamente explicados, o presente estudo tem como objetivo específico demonstrar a relação entre a cadeia de custódia da evidência e as garantias legais previstas na Constituição. Após, será realizada uma análise acerca das decisões dos Tribunais Superiores, confrontando-as com a parte pericial técnica e com os princípios constitucionais.

Dessa forma, serão descritos e analisados os conteúdos das decisões judiciais emanadas pelo STF e pelo STJ relativas à arguição de nulidade das provas digitais que foram julgadas pela Corte no período de 2018 a 2021.

Para elucidar a problemática levantada na presente pesquisa, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental. Cabe destacar que se trata de uma pesquisa de caráter eminentemente transdisciplinar, envolvendo saberes da área da tecnologia da informação e do direito, dando ensejo a uma pesquisa que analisa e interpreta o problema em duas frentes.

A pesquisa bibliográfica se deu através de livros, artigos científicos, periódicos e revistas. Já a pesquisa documental foi realizada através da análise das decisões judiciais prolatadas pelos Tribunais Superiores, a partir de 2018 até 2021. Foi realizado um recorte referente às decisões que versavam acerca das provas digitais e arguição de nulidade por quebra da cadeia de custódia.

O recorte temporal é de 2018 até 2021, tendo em vista que os avanços tecnológicos se tornaram mais evidentes nos últimos anos e que as tecnologias avançam de maneira acelerada, de forma que não se busca discutir decisões que tratem de dispositivos obsoletos.

A fim de atingir os propósitos elencados na presente pesquisa e assegurar uma visão completa e fundamentada dos dados documentais que foram selecionados, a princípio, buscou-se destrinchar os conceitos de cadeia de custódia e provas digitais bem como conhecer e analisar os procedimentos forenses em relação aos meios de manuseio dos materiais eletrônicos. Ademais, é necessário fazer uma relação com os princípios constitucionais uma vez que o presente trabalho será interpretado e aplicado sob a ótica do garantismo penal. Nesse sentido, o trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, aborda-se o conceito de cadeia de custódia e de provas digitais, com enfoque na perícia forense. Foram destrinchadas todas as etapas da cadeia de custódia dos principais dispositivos eletrônicos fazendo ressalvas quanto aos riscos da manipulação. Ainda

nesse capítulo discorre-se sobre os reflexos da quebra da cadeia de custódia e sua inclusão no Pacote Anticrime.

No segundo capítulo, analisam-se os princípios constitucionais que estão diretamente vinculados à preservação da cadeia de custódia, demonstrando a necessidade da sua preservação em consonância com o que dispõe a Constituição Federal de 1988.

No terceiro capítulo será realizada a análise das decisões judiciais do STF e do STJ relativas à quebra da cadeia de custódia das provas digitais. Será dado enfoque à argumentação desenvolvida pelos Ministros e o resultado das ações e recursos selecionados, não serão analisadas questões acessórias como competência ou prescrição. Ficará o presente estudo restrito à questão probatória.

## 2 CADEIA DE CUSTÓDIA E FIABILIDADE DAS PROVAS DIGITAIS

Não se pode falar em sistema penal sem lançar os olhos sob a importância da investigação, de modo que nesse momento também devem estar presentes os direitos fundamentais, e um dos importantes instrumentos para que isso seja viabilizado é justamente a cadeia de custódia das provas.

Assim, de acordo com o que preleciona Geraldo Padro (2014, p.78) é de extrema importância remover o véu dos procedimentos que geralmente são realizados sigilosamente, em um ambiente reservado, evitando que sejam levadas aos autos evidências obtidas por métodos ocultos.

É através de um manuseio meticuloso do material coletado que será possível que a defesa exerça o contraditório e a ampla defesa, sem o registro da cadeia de custódia, não há a possibilidade de se auferir a idoneidade do que será levado a conhecimento do juízo.

Conforme nos lembra Badaró (2017, p. 521) a verdade que pode ser considerada processualmente válida e atingível possui limites expressos em regras legais, e se por um lado vão acabar por restringir os elementos disponíveis para reconstrução histórica, por outro, e mais importante, purificam o material que o juiz valorará.

Desse modo, aprofunda-se a questão no presente capítulo, com foco nas provas digitais, que são o tema do presente estudo.

### 2.1 Conceito de Cadeia de Custódia

Antes de adentrar ao assunto, cabe destacar aqui o conceito meta prova, que em apertada síntese consiste na prova produzida sobre a própria prova, a forma como é produzida e armazenada. É nisso que consiste a cadeia de custódia.

Mais recentemente, o Código de Processo Penal, através do Pacote Anticrime, passou a definir a cadeia de custódia em seu artigo 158-A: *É o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.*

Busca-se vislumbrar o pretérito do elemento colhido, todos os registros daquilo que virá a ser entendido como prova no bojo do processo penal. Não se pode jamais relegar ao esquecimento de que forma os materiais foram analisados durante o inquérito.

É possível dizer que a responsabilidade de manutenção da idoneidade da prova processual pela cadeia de custódia é compartilhada por todos os agentes do Estado envolvidos em uma investigação criminal, desde o policial que está nas ruas, agente que atua na ponta e identifica o delito criminal, passando aos investigadores e chegando até o perito criminal, que é aquele que vai garantir a validade daquelas evidências nos exames periciais. Está a cargo das autoridades a responsabilidade de garantia da estrutura física, contando com espaços seguros e condições de salubridade e organização adequada, para guarda e manutenção das evidências de forma a respeitar sua cadeia de custódia e possíveis usos na construção da verdade judicial, seja pela acusação ou pela defesa, durante todo o período de processamento (MEDEIROS, 2020, p. 20).

Ao analisar por um viés técnico, pode ser definida como o conjunto sequencial de etapas pelas quais passará o elemento probatório. Importante destacar que cada elemento guardará suas próprias peculiaridades de acordo com sua natureza e deve ser administrado de maneira específica.

*In such situations, a clearly defined chain of custody should be followed to avoid allegations of mishandling or tampering of evidence. This involves keeping a log of every person who had physical custody of the evidence, documenting the actions that they performed on the evidence and at what time, storing the evidence in a secure location when it is not being used, making a copy of the evidence and performing examination and analysis using only the copied evidence, and verifying the integrity of the original and copied evidence. If it is unclear whether or not evidence needs to be preserved, by default it generally should be preserved (KENT e GRANCE, 2006, p. 3).<sup>1</sup>*

Trata-se de, como definiu Manuel Monteiro Valente (2020, p. 29), de uma garantia de originalidade dos indícios e vestígios probatórios, no caso da presente pesquisa, integrantes das

---

<sup>1</sup> Em tais situações, uma cadeia de custódia claramente definida deve ser seguida para evitar alegações de manuseio incorreto ou adulteração de provas. Isso envolve manter um registro de cada pessoa que teve a custódia física das provas, documentando as ações que eles atuaram com base nas evidências e em que momento, armazenando as evidências em um local seguro local quando não estiver sendo usado, fazendo uma cópia da evidência e realizando exame e análise usando apenas as evidências copiadas e verificando a integridade da evidência original e copiada. Se não está claro se as evidências precisam ou não ser preservado, por padrão geralmente deve ser preservado. (tradução livre)

mídias informáticas apreendidas. Dessa forma, deve haver integridade e fidedignidade no processo/procedimento de conservação e análise dos indícios e vestígios probatórios.

Ainda segundo a visão do referido autor, Manuel Monteiro Valente (2020, p. 27), é inviável que um juiz olhe para a prova resultado, sem verificar primeiramente se não houve violação a princípios, axiomas, normas ou regras que restariam por viciar a prova obtida. Nesta senda, afirma que:

**A prova resultado**, advinda tão-só de um processo/procedimento de conservação da sua identidade e autenticidade, não pode resumir-se a uma condição de meio retórico, mas **assumir-se** como **entendimento final fundamentado num Direito e num proceder judiciário e policial íntegro, límpido, leal e democrático**. (VALENTE, 2020, p. 23)

Dessa forma, a cadeia de custódia precisa obedecer ao fim da prova sem nenhuma intervenção externa que possa vir a macular os vestígios descobertos, de maneira que possam ser preservados os materiais recolhidos até que a perícia possa ser realizada por profissional habilitado.

No mesmo sentido a lição de Manuel M. Valente (2020):

Esta dimensão natureza impõe que não se possam valorar provas que são obtidas ilicitamente ou que o seu processo/procedimento de produção técnico-jurídica – v. g., cadeia de custódia da prova – se encontra viciado sob pena de não se assumir o Direito processual penal próprio de um Estado de direito material social democrático que assente, *ab initio*, na ideia central de que a realização da justiça tem limites e fronteiras inultrapassáveis sob pena de descrutibilidade e de uma prevista e consequente deslegitimidade do poder de punir do Estado. (VALENTE, 2020, p. 18)

Inegável, portanto, que respeitar a cadeia de custódia é, antes de qualquer coisa, preservar o Estado Democrático de Direito, que não abre brechas para que provas que não foram preservadas de maneira correta sejam admitidas no processo, pela impossibilidade de garantir a autenticidade das informações obtidas.

No que diz respeito à preservação das informações coletadas, a cadeia de custódia possibilita documentar a cronologia das evidências, quem foram os responsáveis por seu manuseio, etc. Procedimentos como: colocar lacres em evidências, restringir o acesso apenas aos profissionais responsáveis pela custódia minimizam a possibilidade da manipulação indevida e tornam as evidências mais confiáveis. (COSTA JÚNIOR, 2014, p. 51)

A cadeia de custódia apresenta-se como um caminho necessário, mas não suficiente para evitar que ocorram vícios durante o processo. Busca-se alcançar o maior nível de autenticidade do elemento probatório, mantendo incólume sua essência.



Deste modo, para garantia do direito de defesa dos acusados e pela construção da justiça para as vítimas e seus familiares, todas as tarefas que correspondem à organização, conservação, manipulação, transporte e entrega no laboratório de destino da substância de exame, bem como todos os procedimentos internos laboratoriais até a emissão do laudo pericial, devem garantir que qualquer substância ou objeto apreendido e analisado seja produzido como uma prova lícita, efetiva e sem vulnerabilização, evitando assim a quebra da cadeia de custódia. Logo, é importante reforçar, a cadeia de custódia da prova não é de competência exclusiva dos peritos, mas de todos os envolvidos nas esferas investigativas e processuais, sendo a documentação de todas suas etapas o que permite estabelecer um histórico completo desde sua origem, incluindo seus mais diversos caminhos nas burocracias policial e judiciária. (MEDEIROS, 2020, p. 21)

A cadeia de custódia, segundo o autor Geraldo Prado (2014, p. 82), nada mais é do que um dispositivo que tem como objetivo garantir a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção, evitando interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória.

O autor segue afirmando que no direito brasileiro, quase não há referências doutrinárias às cadeias de custódia, designação pela qual é conhecido o dispositivo que busca assegurar a integridade dos elementos probatórios. Todavia, é de amplo conhecimento nas áreas da perícia criminal.

Dessa forma, o autor ressalta que, o debate acerca da cadeia de custódia transcendeu a questão técnica para gozar de status constitucional, uma vez que se relaciona com a garantia contra a prova ilícita. Se houver a constatação de que houve a supressão de elementos informativos, pode-se fundamentar a suspeição sobre a fidelidade da prova e sua ineficácia. (PRADO, 2014, p. 82)

Em assim sendo, conclui que os suportes técnicos possuem uma importância para o processo penal que vai além de ferramentas de apoio para execução das ordens judiciais.

## **2.2 Prova digital**

Viver em sociedade na contemporaneidade implica, invariavelmente, em produzir dados através da utilização de dispositivos eletrônicos, poderia se falar em um processo de datificação das relações pessoais. A todo momento, informações são geradas ativamente, através de uma mensagem enviada, por exemplo, ou passivamente, através do registro de um dispositivo em determinada região captado por antenas de telefonia.

É possível afirmar, nas lições do professor Antônio do Passo Cabral (2020, posição. 2342), que existe uma super documentação dos fatos da vida.

Qualquer aparelho portátil pode registrar fatos. Os telefones celulares inteligentes (smartphones) hoje em dia trazem câmeras fotográficas embutidas, e quase todo conflito é acompanhado de algum registro documental, em áudio e/ou em vídeo. Edifícios, escritórios e empresas catalogam a entrada e saída de pessoas em cadastros com fotos; registros telefônicos indicam as antenas que os celulares acessaram e a análise de GPS permite posicionar um indivíduo no planeta com menos de cinco metros de margem de erro. Isso tudo, acompanhado de sistemas de reconhecimento facial, permite comprovar onde e quando certas pessoas estiveram, ou mesmo traçar o trajeto pelo qual passaram em um determinado espaço de tempo. (Processo e tecnologia: novas tendências, 2020, Posição.2349)

O fato é que, a internet e os aparelhos digitais fazem parte do cotidiano possibilitando que as pessoas produzam e recebam dados incessantemente. Essa característica da modernidade pulveriza-se nos mais diversos setores da sociedade, passando a ser extremamente relevante no meio jurídico.

Pode-se dizer que a tecnologia é um poderoso instrumento de investigação. Todavia, não se pode olvidar que esse tipo de evidência possui características peculiares que vão variar de acordo com a fonte de prova, de modo que cada perícia guarda especificidades relevantes.

Na visão de Geraldo Prado (2014, p.70), a sociedade transforma-se diariamente em rápida velocidade e essa transformação é impulsionada pela extraordinária revolução que as inovações tecnológicas proporcionam. Viver é estar, portanto, conectado.

Fazendo uma análise atual, afirma Geraldo Prado (2014, p.69) que no campo dos métodos ocultos de investigação, as inovações trazidas pela tecnologia parecem capazes de atingir os objetivos perseguidos pela filosofia da consciência: garantir o acesso à realidade como objeto autônomo de conhecimento, não havendo uma vinculação com o sujeito. Dentro dessa perspectiva, o contraditório seria visto como algo que contaminaria a verdade e garantiria a impunidade do agente.

Assim, os métodos ocultos de investigação com ancoragem nas inovações tecnológicas não configuram apenas novos suportes comunicacionais, mas instituem uma original subjetividade, desafia algo mais que os conhecidos cuidados com a autenticidade das informações registradas em suporte físico, para ficar na questão elementar da fiabilidade probatória.

Ressalta o autor (PRADO, 2014, p.73), que a mídia que abriga os arquivos digitais, que são capazes de reproduzir sons e imagens, tendem a ser colocadas acima do debate, gerando

uma crença irreal de sua fiabilidade e correção. O que difere das demais provas materiais, uma vez que essas tinham sua autenticidade questionada.

Para o autor, a consequência disso seria a transformação do processo penal em mera formalidade, impossibilitando que a verdade fosse refutada. É preciso lembrar que a captação de som, imagem e até captura de outros elementos produzidos em meio digital não estão imunes à corrupção em termos metodológicos. Como também há o risco de manipulação do produto obtido por métodos ocultos.

Dentro desse contexto, o autor (PRADO, 2014, p. 75) entende que a preservação da fonte de prova é concebida como remédio jurídico contra o desequilíbrio inquisitorial. Acaso assim não fosse, o axioma *nulla poena sine probatione* estaria em risco, uma vez que se negaria a possibilidade de manipulação dos suportes digitais.

Nesta senda, urge que seja debatido quais os procedimentos que devem ser utilizados no momento da extração das informações, tendo em mente que cada dispositivo pode vir a necessitar de uma perícia específica. Em outras palavras, é necessário que haja uma cadeia de custódia clara e precisa, para que o elemento probatório torne-se uma prova hígida.

O trabalho continuado, a partir de protocolos compartilhados para a preservação da cadeia de custódia de uma evidência, deve seguir critérios cujo objetivo seja o de integração do fluxo de trabalho da perícia técnico-científica na garantia de manutenção das evidências e, por conseguinte, da sua integridade para sustentação das provas periciais (MEDEIROS, 2020, p. 22).

As provas digitais podem ser extraídas de uma infinidade de equipamentos. Os mais comuns como celulares, computadores, HD's, CDs, DVDs, pen drives e cartões de memória. Todavia, também é possível obter informações cruciais através da análise dos dados de modems, Access Points, roteadores e switches. Há ainda a possibilidade que os dados sejam fornecidos pelo próprio provedor.

*Digital evidence is information and data of value to an investigation that is stored on, received, or transmitted by an electronic device. This evidence is acquired when data or electronic devices are seized and secured for examination.* (NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE, 2001, p. 9) <sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> “Provas digitais são informações e dados valiosos para uma investigação que são armazenados, recebidos ou transmitidos por um dispositivo eletrônico. Essa evidência é adquirida quando os dados ou dispositivos eletrônicos são apreendidos e protegidos para exame”. (tradução livre)

Ademais, é fato que a tecnologia não para de se desenvolver e inundar a sociedade com uma infinidade de dispositivos que podem eventualmente vir a ser utilizados como meio para o cometimento de um crime, ou como fonte de prova. De modo que estabelecer procedimento para análise e extração desses dados é crucial para evitar que a volatilidade dessas evidências possam gerar injustiças.

Nessa perspectiva, cabe destacar que as provas digitais possuem um contraditório diferido, ou postergado, o que coloca a Cadeia de Custódia como ponto nevrálgico para que a prova produzida tenha um alto grau de confiabilidade, mesmo diante da sua característica volúvel.

Cabe destacar também que os aparelhos digitais podem ser utilizados como ferramenta de apoio para o cometimento de crimes, bem como pode ser meio para o cometimento do crime. Explica-se a diferenciação.

Quando o aparelho digital é uma ferramenta, utiliza-se como um armazenador de informações que serão necessárias para o cometimento do crime. Exemplificando, no caso de um assalto a banco em que utiliza-se o computador para organizar informações e estratégias.

Nesses casos, o computador está associado ao *modus operandi* do crime. Assim, em muitos casos, exames forenses nesses equipamentos são uma excelente prova técnica, e os laudos produzidos tornam-se peças fundamentais para o convencimento do juiz na elaboração da sentença. (ELEUTÉRIO; MACHADO, 2019, p. 13)

Na outra hipótese, o equipamento é utilizado como meio para a prática do crime. A maneira para execução do crime, só é possível devido ao dispositivo eletrônico. Diferente da hipótese anterior, tratam-se de crimes que estão diretamente vinculados à tecnologia.

Muitos pedófilos e usuários baixam e compartilham fotos e vídeos com esse tipo de conteúdo, o que caracteriza crime de acordo com nossa legislação vigente, mais precisamente o artigo 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se o computador e a Internet não existissem, tal conduta seria impossível. (ELEUTÉRIO; MACHADO, 2019, p. 14)

Dentro dessa perspectiva, cabe destacar que atualmente a legislação brasileira ainda não é capaz de abarcar todos os crimes cibernéticos, isso se deve ao fato que as práticas vêm se aperfeiçoando com o uso de roubo de dados e informações, conhecido como *phishing* ou através de programas que são desenvolvidos somente com o propósito de roubar senhas (*malwares*).

Os crimes evoluem junto com a tecnologia em uma velocidade que o Direito certamente não consegue acompanhar. Cabe aos operadores estarem sempre vigilantes às novas formas que podem vir a surgir.

### 2.2.1 Características das provas digitais

Conforme mencionado alhures, cada tipo de prova requisitará um tratamento diferente quanto à sua cadeia de custódia. A princípio cabe destacar que a prova digital, via de regra é imaterial, pois o que se apreende não é a prova em si, mas o objeto que a abriga, de modo que ao recolher um dispositivo eletrônico as provas devem ser dele extraídas.

Cabe aqui fazer uma distinção entre prova digital e prestação de informações em formato digital. A primeira, que é a que se estuda no presente momento versa sobre a busca e apreensão de elementos eletrônicos dos quais seja possível extrair uma evidência.

Já a prestação de informações no formato digital consiste em receber arquivos digitais colhidos por terceiros contendo as informações necessárias. Para que não parem dúvidas exemplifica-se: ao solicitar as informações bancárias de um indivíduo investigado, a instituição financeira pode fornecer as informações por meio de um arquivo digital.

Em contrapartida, se ocorre uma busca e apreensão de computadores de uma instituição financeira, estamos diante de provas digitais. Ao finalizar a referida distinção passa-se à explicação.

Ao analisar um dispositivo eletrônico existem componentes que devem ser avaliados. A perícia tem dois tipos de análises *hardwares* e as de *softwares*. O primeiro é a parte física que integra a máquina, já o segundo trata-se do sistema operacional, executando as tarefas e instruções.

Então, a perícia deve voltar os olhos tanto para a parte física do dispositivo quanto ao seu conteúdo de forma que somente preservando a integridade de ambos é que será possível obter as evidências de maneira escoreita. Nesta senda, cabe destacar as características das provas digitais.

Segundo Eleutério e Machado (2019, p.46), as principais peculiaridades são: fragilidade, facilidade de cópia, sensibilidade ao tempo de vida e sensibilidade ao tempo de uso.

Quanto à fragilidade, durante a apreensão de dispositivos magnéticos não pode de maneira nenhuma ocorrer vibrações mecânicas. Dessa forma, é indicado que sejam

transportadas em embalagens antiestáticas. A falta de atenção com a fragilidade da prova poderia ocasionar uma adulteração não intencional da evidência coletada.

No que tange à facilidade de cópia, ELEUTÉRIO e MACHADO (2019, p.47) explicam que os dispositivos computacionais trabalham com dados digitais binários, ou seja, as informações são representadas apenas por zeros e uns em uma estrutura conhecida como bits. Logo, é perfeitamente possível que seja realizada a cópia de um dispositivo para outro, devendo o perito realizar a análise nas cópias, preservando o material original.

Uma outra característica é a sensibilidade ao tempo. Os dispositivos eletrônicos são perecíveis ao tempo. Dessa forma, os exames devem ser realizados o mais rápido possível para que os dados não sejam perdidos. Ademais, existe também uma sensibilidade quanto ao tempo de uso, faz-se necessário colacionar a explicação:

Sabendo-se que as chances de recuperação dessas informações diminuem à medida que os dispositivos são utilizados o tempo torna-se um fator crucial em investigações envolvendo vestígios digitais. Assim, a apreensão dos dispositivos computacionais deve ser feita o mais rápido possível para evitar uma possível perda das evidências armazenadas nesses equipamentos. (ELEUTÉRIO e MACHADO, 2019 p. 48)

Cabe destacar que foram citadas situações em que o perito possui um controle técnico do que ocorre, mas é preciso lembrar que as provas digitais são imateriais, de forma que a manipulação intencional das evidências como a inserção, modificação e até destruição de evidências digitais podem ocorrer, mesmo com os cuidados com a parte física do material apreendido.

A maleabilidade de tais evidências tornam necessárias o isolamento físico e lógico do material apreendido.

*Digital evidence must be handled carefully to preserve the integrity of the physical device as well as the data it contains. Some digital evidence requires special collection, packaging, and transportation techniques. Data can be damaged or altered by electromagnetic fields such as those generated by static electricity, magnets, radio transmitters, and other devices. Communication devices such as mobile phones, smart phones, PDAs, and pagers should be secured and prevented from receiving or transmitting data once they are identified and collected as evidence. (NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE, 2001, p. 21)<sup>3</sup>*

---

<sup>3</sup> “A evidência digital deve ser tratada com cuidado para preservar a integridade do dispositivo físico, bem como os dados que ele contém. Algumas evidências digitais requerem técnicas especiais de coleta, embalagem e transporte. Os dados podem ser danificados ou alterados por campos eletromagnéticos, como os gerados por eletricidade estática, ímãs, transmissores de rádio e outros dispositivos. Dispositivos de comunicação como

O objetivo de abordar tais questões de ordem técnica foi difundir ainda que de maneira superficial, conhecimentos básicos acerca do manuseio de tais materiais para que os operadores do Direito possam ter um arsenal mínimo ao contestar/analisar quando a fiabilidade da cadeia de custódia for questionada.

### 2.2.2 Perícia Digital Forense

No ordenamento jurídico brasileiro a perícia é tratada nos artigos 158 a 184 do Código de Processo Penal dentro do que se denomina meios de prova. Todavia, o autor Gustavo Soares (2014, p. 235) ressalva que a perícia costuma exercer um papel de meio de investigação durante os inquéritos policiais. Logo, a perícia estaria em um lugar híbrido como meio de investigação e meio de prova. Logo, na visão do autor, seria um instrumento ou atividade por meio da qual os elementos informativos serão introduzidos e fixados nos autos investigativos.

É preciso lembrar que, o registro de todas as etapas referentes ao recolhimento, à manipulação do material, à conservação e ao transporte até que o material seja entregue ao perito responsável é de extrema importância para a garantia de defesa do acusado, uma vez que devem ser fornecidos os melhores elementos informativos. Não é demais rememorar que a função de garantir a cadeia de custódia não incube apenas aos peritos, mas é de todos aqueles que estiverem envolvidos na investigação e de alguma forma entrarem em contato com a evidência.

No presente estudo, será dado enfoque na perícia digital. Trata-se de uma modalidade de perícia que busca coletar evidências através da análise de dispositivos eletrônicos, utilizando-se de conhecimentos técnicos e ferramentas apropriadas.

When dealing with digital evidence, general forensic and procedural principles should be applied:  
The process of collecting, securing, and transporting digital evidence should not change the evidence.  
Digital evidence should be examined only by those trained specifically for that purpose.

---

telefones celulares, smartphones, PDAs e pagers devem ser protegidos e impedidos de receber ou transmitir dados, uma vez que são identificados e coletados como evidência”. (tradução livre)

Everything done during the seizure, transportation, and storage of digital evidence should be fully documented, preserved, and available for review. (NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE, 2001, p. 7) <sup>4</sup>

Quando se fala em aquisição de fontes de provas, o professor Geraldo Prado (2014) explica que trata-se de preservar a idoneidade de todo trabalho realizado sigilosamente, em locais reservados que se for respeitado, compromete o conjunto probatório que venham a surgir daquele dispositivo. Essa preservação, evita a quebra da cadeia de custódia.

Os suportes técnicos que resultam da operação, segundo o autor, devem ser preservados. Isso porque dessa forma será garantido à defesa o conhecimento das fontes da prova. Esse rastreamento será inviabilizado se parte dos elementos probatórios da cadeia vier a ser destruído.

Conclui o autor que sem esse rastreamento, a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita, de que a primeira é derivada, dificilmente poderá ser observado pela defesa.

A princípio cabe destacar que não se pretende no presente tópico analisar todos os tipos de dispositivos eletrônicos, por se tratar de um universo deveras extenso. Portanto, será dado ênfase aos computadores e aparelhos celulares.

Torna-se necessária fazer tal análise a partir do momento que, para se questionar a fidedignidade da Cadeia de Custódia, é preciso ter o mínimo de conhecimento acerca do procedimento.

Eleutério e Machado (2019, p. 48) demonstram que na perícia de computadores existem quatro fases principais **preservação, extração, análise e formalização**. É na preservação que se busca que as informações não sejam alteradas, visto que em se tratando de um computador, até o fato de liga-lo poderia modificar os dados.

Por exemplo, ao ligar um computador com um sistema operacional típico da família Microsoft Windows instalado no disco rígido, os dados contidos são alterados, mesmo que o usuário não execute nenhuma operação. (ELEUTÉRIO e MACHADO, 2019, p. 48)

---

<sup>4</sup> “Ao lidar com evidências digitais, princípios gerais forenses e procedimentais devem ser aplicados: O processo de coleta, proteção e transporte de evidências digitais não deve alterar as evidências. As evidências digitais devem ser examinadas apenas por pessoas treinadas especificamente para esse fim. Tudo o que for feito durante a apreensão, transporte e armazenamento de evidências digitais deve ser totalmente documentado, preservado e disponível para revisão”. (tradução livre)



Dessa forma, não se recomenda em hipótese nenhuma que o aparelho seja inicializado. Para retirada dos dados, devem ser utilizados softwares forenses específicos que vão possibilitar um espelhamento das informações sob as quais o perito deve trabalhar.

Devido à fragilidade e sensibilidade das mídias de armazenamento computacional, os exames forenses devem, sempre que possível, ser realizados em cópias fiéis obtidas a partir do material original. Assim, deve-se realizar a duplicação do equipamento original com uma das seguintes técnicas computacionais: espelhamento ou imagem. (ELEUTÉRIO; MACHADO, 2019, p. 49)

Nota-se, portanto, que a etapa mais importante após a coleta do material é mantê-lo desligado para que possa ser realizado o espelhamento. Sabe-se que, os equipamentos computacionais são compostos por bits (números zeros e uns), em uma sequência lógica.

Logo, o espelhamento consiste em, segundo ELEUTÉRIO e MACHADO (2019, p. 50), uma cópia exata e fiel dos dados (*bit a bit*) contidos em um dispositivo de armazenamento computacional para outro de capacidade igual ou superior. Dessa forma, a cópia dos dados deve ocorrer de forma que nenhum dado do dispositivo copiado seja alterado.

Em ato subsequente a fase de espelhamento, ocorre a extração das informações, que é realizada não no equipamento coletado, mas na cópia dos dados que advêm da fase da preservação anteriormente citada. Nessa etapa, ocorre a recuperação de arquivos apagados e indexação de dados.

A terceira fase trata-se da análise dos dados. Trata-se do momento em que serão examinadas as informações obtidas na fase anterior, a fim de que sejam identificadas evidências que guardem relações com o crime investigado.

Por derradeiro ocorre a formalização, quando o perito responsável elaborará o laudo. É no laudo que serão encontradas informações como: os principais procedimentos realizados, quais métodos foram utilizados para extração, preservação e análise do material.

O resultado da fase de formalização é a elaboração do laudo pericial. O perito deve sempre se atentar que o laudo é um documento técnico-científico, que deve descrever com objetividade e clareza os métodos e exames realizados para sua própria segurança e para a transparência do processo forense como um todo. (ELEUTÉRIO; MACHADO, 2019, p. 65)

Todo laudo deve conter preâmbulo, histórico, material, objetivo, considerações periciais, exames e respostas aos quesitos formulados. É importante destacar que as etapas bem

como a estrutura do laudo podem ser utilizadas em outros dispositivos eletrônicos, não apenas em computadores.

Já no que tange aos aparelhos de telefone celular, as quatro fases devem ser mantidas. Cabe destacar algumas peculiaridades referentes ao dispositivo. Primeiramente o celular deve ser manuseado sem acesso à internet ou sinal telefônico. Isso porque o aparelho não pode receber novas chamadas ou mensagens durante o manuseio, modificando dados presentes na memória. (ELEUTÉRIO; MACHADO, 2019, p.95).

Diferentemente de um dispositivo de armazenamento computacional, como o disco rígido, em que é possível copiar todos os dados para outra mídia, nem sempre é possível acessar e copiar todos os dados contidos na memória de telefones celulares. Assim, na maioria dos casos, os exames em telefones celulares são realizados com o uso do próprio aparelho questionado. Por isso, o perito deve redobrar sua atenção ao manusear o aparelho durante a realização dos exames. (MONTEIRO; MACHADO, 2019, p. 89)

Na fase de extração dos aparelhos celulares, existem duas possibilidades, a maneira manual e a automática. A extração automática utiliza-se de outros dispositivos para extração das informações, já na manual o próprio perito fará apontamentos sobre o que encontrou para posteriormente anexar ao laudo, ou pode fazer os registros dos arquivos encontrados através de outra câmera.

Ao invés de anotar os dados, é possível registrá-los por meio de fotos e/ou vídeos, que podem ser colocados de forma impressa ou encaminhados anexos ao laudo por meio de mídia óptica. Existem alguns dispositivos próprios para auxiliar o registro fotográfico de aparelhos celulares, como é o caso do Project-a-Phone, que consiste em um software e uma pequena câmera acoplada a um suport. (ELEUTÉRIO e MACHADO, 2019, p. 90)

Passando para a fase da análise, informam os peritos Eleutério e Machado (2019, p. 93), que se trata de uma análise mais simples, uma vez que consiste na descrição dos dados encontrados. A partir daí parte-se para a última etapa, a formalização.

Nesses dispositivos a formalização se dá através da elaboração do laudo que deve conter informações adicionais como IMEI, marca e modelo do celular, operadora telefonia e número do cartão, dentre outros elementos identificadores. Dentro dessa perspectiva, cabe trazer à tona uma problemática.

Segundo, Monteiro e Machado (2019, p.94), um dos requisitos do laudo pericial é demonstrar o número da linha telefônica habilitada no aparelho. O ponto nevrálgico da questão

reside no fato de que não é possível obter o número da linha através das configurações do aparelho.

Dessa forma, seria necessário que fosse realizada uma ligação para outro dispositivo que possuisse identificador de chamadas. Só que, conforme narrado alhures, não se pode ativar o sinal do aparelho sob pena de alteração dos dados.

Entretanto, essa operação altera os dados de chamadas efetuadas do aparelho, podendo, inclusive, apagar a chamada efetuada mais antiga, além de alterar os registros de ligação armazenados na operadora de telefonia. Por esse motivo, recomenda-se não realizar essa chamada. (ELEUTÉRIO; MACHADO, 2019, p. 95)

Eis um ponto crucial na Cadeia de Custódia dos aparelhos celulares. Caso o aparelho venha receber ou efetuar chamadas enquanto estiver nas mãos do poder público, não se pode garantir a autenticidade das provas obtidas, o que deve ser suscitado e demonstrado pela defesa.

Ademais, cabe destacar que um importante aliado na perícia dos aparelhos são as próprias operadoras, isso porque possuem um registro de ligações e mensagem que vão gerar os dados de maneira automatizada, de forma que eventuais vícios no manuseio possam vir a ser evitados.

Outro aspecto de suma importância para garantia da cadeia de custódia é o código *Hash*. Que de acordo com as explicações de, Eleutério e Machado (2019, p. 123), trata-se da conversão de uma grande quantidade de informações (informação original) em uma pequena sequência de *bits* (valor *hash*).

Uma função *hash*, também conhecida por função resumo, soma *hash* ou *checksums*, trabalha recebendo uma entrada de tamanho variável e retornando uma sequência de tamanho fixo de caracteres hexadecimais. Com essa característica de retornar uma sequência de caracteres hexadecimais de tamanho fixo, independentemente do tamanho de sua entrada, os *hashes* acabam sendo utilizados como validadores de integridade. Caso a entrada seja alterada em um bit, o valor *hash* sofrerá mudanças apontando a alteração. (LIMA, 2015, p. 60)

Dessa forma, o valor *hash* é mais uma garantia de que não houve alteração dos dados após a apreensão do dispositivo, dando maior confiabilidade da prova que será levada ao processo. Ao apreender o aparelho um código *hash* deve ser gerado, ao final da perícia deve ser emitido um outro *hash* confirmando que os valores são iguais, ou seja, nada foi alterado, introduzido ou apagado no dispositivo.

Acontece que, não existe um protocolo determinando que em todas as perícias sejam emitidos códigos *hashes* dos dispositivos, e por ausência de determinação muitos peritos não veem a necessidade de realizar o procedimento. A lacuna deixada pela legislação acerca da Cadeia de Custódia de dispositivos eletrônicos, certamente demonstra-se um obstáculo para a defesa, e dá margem para que ocorram erros no julgamento.

### 2.3 Quebra da Cadeia de Custódia e o seu Reflexo.

Ao adentrar a presente problemática, é preciso fazer uma ressalva trazida pelo professor Geraldo Prado (2019, p. 105), quando se argui a quebra da cadeia de custódia, não se discute a boa ou má-fé dos agentes policiais que manusearam a evidência, mas sim quais consequências ocorrerão no processo.

Quando se analisa a nulidade da prova sob o prisma de um Estado democrático submetido à Constituição, não se pode pensar somente na prova como resultado, sob pena de retrocedermos a um estado inquisitorial em que os fins justificariam os meios.

Dentro da problemática estudada no presente trabalho, acredita-se que a quebra da cadeia de custódia ocasionaria a ilicitude da prova, pois pressupõe uma violação no momento de colheita da prova, com violação ao direito material.

Nessa perspectiva, Manuel Monteiro (2020, p.77), preconiza que:

Este vício – ilicitude da fonte de prova [de produção (obtenção) da prova] – gera assim a mais grave das consequências jurídico-processuais penais: uma nulidade qualificada – proibição total de admissibilidade e de valoração da prova – e a abertura de um processo-crime ou de um procedimento disciplinar contra o agente [polícia criminal] que atuou com grave violação dos princípios e axiomas constitucionais de um Estado de Direito material social e democrático. (p. 77)

Logo, estabelecendo-se uma situação de incerteza sobre a confiabilidade dos dados apresentados, por violação a cadeia de custódia das informações, inviabiliza-se o exercício ao contraditório e a plenitude de defesa do acusado, além da imprestabilidade das provas.

A rigor, além de escavar lacunas nos elementos probatórios e torná-los porosos e carentes de dados capazes de orientar em outra direção a conclusão judicial acerca dos fatos penalmente relevantes, a quebra da cadeia de custódia indica a perversão dos fins da cautelar: no lugar da aquisição e preservação de elementos informativos, a medida tende a instrumentalizar ações abusivas de supressão de alguns destes elementos, esgrimindo os remanescentes com apoio no efeito alucinatório das evidências.(PRADO, 2014, p. 88)

É cristalino que a constatação da quebra da cadeia de custódia das provas não deixa outra alternativa senão a exclusão dessas evidências do bojo do processo.

A supressão indevida de elementos informativos opera efeito impeditivo de emprego das informações remanescentes, que carecem de “suficiência probatória”. O material probatório remanescente está afetado pela referida quebra e configura prova ilícita, pois não há como sujeitá-lo, adequadamente, aos procedimentos de comprovação e refutação. (PRADO, 2014, p. 87)

Pode-se dizer que, na visão de Manuel Monteiro (2020, p. 89), a consequência jurídico-constitucional processual da violação a cadeia de custódia é a inadmissibilidade da prova no processo, respeitando o que preconiza o inciso LVI do artigo 5.º da Constituição, devendo a prova ser considerada ilícita, não admissível como prova meio, não valorável como prova resultado, devendo, por essa razão, ser desentranhada do processo e jamais ser valorada como fonte de prova por força do caput do artigo 157 do Código de Processo Penal.

Não é viável que se permita que a busca pela verdade dos fatos, relegue ao esquecimento as árduas conquistas jurídico-civilizatórias que impedem que ocorram abusos no âmbito da persecução penal. Segundo a visão de Gustavo Torres Soares (2014, p. 35), é na fase processual da instrução probatória que serão recolhidos e analisados os elementos necessários para confirmação ou refutação das alegações fáticas que possuem importância na causa.

Conforme destaca Nestor Távora e Rosmar Alencar (2017, p.628) garantir a imprestabilidade das provas obtidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo.

Verificada que houve a violação da cadeia de custódia das provas, os demais elementos colhidos a partir da quebra deverão ser considerados contaminados e inválidos, porque não se pode mais auferir o grau de confiabilidade dos dados apreendidos.

## **2.4 Regulamentação através do Pacote Anticrime**

O Projeto de Lei nº 13.964/2019 traz para o direito brasileiro a inserção do instituto da Cadeia de Custódia. Até então, não havia no Código de Ritos Penais dispositivos legais específicos que regulamentassem a matéria. Embora os Tribunais Superiores há muito já estivessem debatendo acerca do tema.

Pode-se dizer que a inserção, ainda que tardia, é de extrema importância, pois traz novos contornos, especificidades e concretudes. Embora, silencie quanto aos meios de prova em específico, dessa forma será necessário aprimorar o desdobramento dos novos artigos.

A legislação inseriu a cadeia de custódia no capítulo II, com o seguinte título DO EXAME DE CORPO DE DELITO, DA CADEIA DA CUSTÓDIA E DAS PERÍCIAS EM GERAL, com seis novos artigos que disciplinam a matéria.

A princípio cabe destacar que a recente legislação define o conceito de cadeia de custódia (Art.158-A) como *o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte* (grifo nosso). Além da definição, a legislação faz também um marco temporal, definindo que a cadeia de custódia engloba desde o reconhecimento do material até o descarte.

A legislação também define que o responsável pela preservação é o agente público que a reconhecer como elemento probatório (Art. 158-A, §2º). Dessa forma, reafirma-se o que foi anteriormente debatido, a responsabilidade acerca da cadeia de custódia não incube somente ao perito, mas a todos aqueles que estejam envolvidos no processo investigativo. Seja o policial civil, ou militar que entrar em contato com o material.

Cabe aqui fazer uma distinção entre a polícia judiciária e administrativa, segundo Nestor Távora e Rosmar Alencar (2017, p. 130) a polícia administrativa atua impedindo a ocorrência de infrações. Já a polícia judiciária atua após a ocorrência das infrações e constatação da materialidade delitiva, elaborando o inquérito policial.

Não é demais ressaltar que todo esse procedimento não se restringe ao que poderia se considerar má-fé dos agentes, o manuseio errado da evidência poderia ocasionar a inadmissibilidade probatória pela quebra da cadeia de custódia, mesmo que por um descuido acidental.

Dessa forma, entende-se que seria necessário que houvesse uma maior capacitação dos agentes (que não são os peritos) sobre como manipular os vestígios, de modo que possa ser preservado até o seu efetivo descarte. O desconhecimento acerca dos procedimentos não poderá servir como justificativa para violações na cadeia de custódia.

Em seguida a legislação define as etapas que compreendem o correto rastreamento vestígio, elencando: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta e acondicionamento, transporte, processamento, armazenamento e descarte (Art.158-B) relativas a todos os elementos que podem vir a ser um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial.

Deve-se lembrar que a legislação traz essas etapas de maneira genérica, referente a qualquer tipo de evidência, no presente estudo, quanto as provas digitais, essas etapas já foram devidamente analisadas no capítulo anterior destacando as peculiaridades desse material. Ainda

assim, não se pode deixar de reconhecer que mesmo de forma abrangente já serve como agente limitador.

Quanto a coleta do vestígio, a legislação define que ocorrerá preferencialmente pelo perito oficial, fato que a autora do presente estudo discorda uma vez que a legislação deveria restringir essa coleta ao perito, não abrindo brechas para que outros agentes públicos manuseiem o material a ser coletado. Até porque, de maneira contraditória, no §2º do art. 158 C, compreende-se que será considerado fraude a remoção sem a autorização do perito oficial. Logo a coleta e a remoção deveriam estar vinculadas estritamente aos peritos.

Dando seguimento a análise dos dispositivos deve-se destacar a importância do art. 158-D que analisa a questão do recipiente. A lei determina que todos os recipientes devem ser selados com lacres e só poderão ser abertos pelo perito que for proceder a análise, ou por pessoa autorizada desde que motivadamente. Dentro da perspectiva das provas digitais deve-se se lembrar que antes de serem armazenados e lacrados os dispositivos devem ser desligados.

Não se pode negar que se trata de um avanço significativo no debate da matéria, mas que nem de longe exaure a problemática que orbita as questões da cadeia de custódia. Buscando uma especificidade maior, referente ao recorte digital feito no presente trabalho, ainda será preciso recorrer a outras fontes.

Cabe trazer à baila, a portaria Nº 28 da Secretaria Nacional de Segurança Pública que estabelece de maneira mais aprofundada as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios, que pode ser utilizada para como um complemento ao Pacote Anticrime.

Outro ponto importante, é que a *novel* legislação não cita quais as consequências uma vez que seja constatada que houve a quebra da cadeia de custódia. Para um sistema processual penal com histórico inquisitorial, como é o brasileiro, uma legislação clara quanto à matéria é imprescindível. Era preciso que houvesse expressamente delimitado que as provas que não fossem obtidas seguindo a cadeia de custódia fossem inadmitidas.

Ademais, já que o presente estudo está vinculado a provas que são obtidas através dos meios tecnológicos, cabe destacar que os procedimentos específicos vinculados às provas digitais devem ser constantemente atualizados, uma vez que os avanços da era digital ocorrem de maneira extremamente acelerada.



Nesse contexto, o principal é fazer uso da legislação extravagante que pode de maneira pormenorizada especificar os procedimentos utilizados nos vestígios digitais. Pode-se citar a ABNT/ISO 27037 de 2014 que prevê as diretrizes para atividades específicas no manuseio de evidências digitais que são a identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital que possam possuir valor probatório. Cabe destacar que não se trata de norma cogente no ordenamento pátrio brasileiro.

### **3 A IMPORTÂNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**

Segundo os ensinamentos de Manuel Monteiro Valente (2020, p.43), o instituto da prova está, *ex iure et ex lege*, submetido a uma hermenêutica concreta e efetiva dos princípios, que reforçam a confiança entre os cidadãos e o Estado.

Cabe destacar que os princípios limitam as arbitrariedades que podem vir a surgir na persecução penal por parte do Estado. Deve-se lembrar que no âmbito do processo penal há uma inversão de quem se configura como hipossuficiente, no momento do crime a vítima é o hipossuficiente, mas no processo penal o acusado é que passa a ocupar esse papel na medida em que está submetido à violência institucional do Estado.

É preciso resgatar a ponderação feita por Aury Lopes (2012, p. 88) a instrumentalidade do processo penal não significa que ele seja um instrumento dotado de uma única finalidade, qual seja a satisfação de uma pretensão acusatória. Caminhando lado a lado encontra-se a função constitucional, a serviço do projeto democrático. Entendendo-se por instrumentalidade a máxima eficácia dos direitos garantias fundamentais da Constituição.

#### **3.1 A produção probatória e a busca pela verdade**

No cadafalso do processo penal, a prova assume posição de destaque. De origem latina (*probatio e probus*) a ideia de prova está diretamente relacionada à capacidade de chegar o mais próximo da verdade, através da inspeção e verificação dos fatos imprescindíveis à resolução da causa.

Entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se afirma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado. (SILVA, 2004, p. 1125)

Assim, tem-se a prova como elemento balizador da autenticidade dos fatos abordados no processo. Logo, não se pode negar que a prova é um elemento fundamental dentro do sistema judicial vigente, sendo imprescindível que sua obtenção ocorra de maneira escorreita.

A produção probatória é de imensurável importância, levando-se em consideração que o juiz não poderá emitir uma sentença justa, sem que esteja embasado em arcabouço probatório

que indique a autoria e a materialidade. Dentro dessa perspectiva, cabe destacar que a prova não pertence à acusação ou à defesa, mas sim, ao processo.

Logo, uma decisão que não possui um alicerce probatório está fatalmente sedimentada em pilares arenosos. O Estado, como detentor do *ius puniende*, deve garantir que a condenação somente ocorra com arrimo em provas robustas, de modo que a absolvição é medida que se impõe caso o arcabouço probatório seja insuficiente.

Trata-se da aplicação prática da sinaleira teoria do Garantismo Penal, pois não se pode perder de vista que a busca pela produção probatória encontra limites não sendo permitido que a busca pela verdade anule os direitos e garantias individuais.

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais. (CARVALHO, 2001, p. 17)

Têm-se, portanto, que a produção probatória é o meio utilizado para que se possa chegar à verdade. Cabe destacar que, o conceito de verdade absoluta vem sofrendo mudanças dentro do processo penal, não mais sendo aceito o conceito inatingível da verdade real.

Nas lições de Aury Lopes (2019, p.195), a crença em uma verdade real surge no sistema inquisitorial em que o acusado não passa de um objeto durante as investigações. Esclarece que a estrutura do processo inquisitorial foi formatada a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos falaciosos, tendo como um dos mais importantes a busca pela “verdade real ou absoluta”.

Na visão de Ferrajoli (2002, p.116), não existe um método de descobrimento da verdade apenas métodos de confirmação ou falseabilidade. Por essa razão, não é dedutível mecanicamente, nem pode jamais se afirmar como absolutamente verdadeiro, apenas pode ser preferido diante das hipóteses concorrentes, de acordo com dois critérios sua "coerência" com o maior número de confirmações e sua "aceitabilidade justificada" por possuir resistência ao maior número de contraprovas e ocasionando a queda das demais hipóteses.

Nessa lógica, a busca pela verdade torna-se essencial, porém, não se pode cair o ceticismo de que se trata de uma proposição absoluta. E, além disso, para que seja possível a reconstrução do estágio mais próximo da verdade é preciso que seja um processo racional, o

que dentro do cenário do judiciário implica fatalmente na participação de todas as partes na produção probatória. Nesse sentido, Aury Lopes entende que:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente a atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero *objeto* para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. (LOPES, 2019, p. 188)

Quando se fala em equidade de participação das partes no processo, tem-se que se destacar os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da vedação da prova ilícita e seus desdobramentos. Respeitando-se os princípios, é possível produzir um arcabouço probatório apto a ser utilizado pelo juiz na prolação da sentença, de acordo como que preconiza Geraldo Prado:

O processo penal, pois, não deve traduzir mera cerimônia protocolar, um simples ritual que antecede a imposição do castigo previamente definido pelas forças políticas, incluindo-se nesta categoria os integrantes do Poder Judiciário.

Ao revés, somente o processo que se caracteriza *ab initio* pela incerteza e que reclama a produção da certeza como meta, porém em seus próprios termos, isto é, em harmonia com preceitos que assegurem a dignidade da pessoa, estará de acordo com o ideal preconizado pela categoria jurídica «devido processo legal». (PRADO, 2005, p. 17)

Em síntese, o que se busca, é que durante a produção probatória, seja nos procedimentos investigatórios preliminares, bem como dos fatos que surgirem no bojo da ação penal, é que a busca pela verdade não se sobreponha aos princípios constitucionais que visam garantir um processo justo.

Importante destacar, segundo as lições de Geraldo Prado (2014, p. 59), que a paridade de armas e conhecimento pleno das fontes de provas obtidas durante a investigação criminal viabilizam o concreto exercício do direito de defesa, que não fica restrito aos elementos informativos que são de interesse da acusação.

Relembra o autor que, a paridade de armas sucumbe na hipótese de a acusação, por si ou através da polícia, dispuser de amplo conjunto de informações e este acervo for negado à defesa, ainda que parcialmente.

A proibição da surpresa (*unfair surprise*) pode ser contemplada também no dever da acusação de preservar os elementos informativos obtidos e disponibilizá-los à defesa, sempre que esta necessitar.

O filtro processual contra provas ilícitas depende do rastreio das provas às fontes de provas (elementos informativos) e a ilicitude probatória, direta ou por derivação, é

mais facilmente detectável na sequência desse rastro produzido entre as fontes de prova e os elementos (meios) probatórios propriamente ditos. (PRADO, 2014, p. 57)

Dessa forma, cabe analisar a aplicação dos princípios quando se argui a quebra da cadeia de custódia das provas, demonstrando que na atualidade do processo penal não se pode mais conceber resquícios inquisitoriais em que a busca pela verdade se sobreponha às garantias.

### **3.2 Princípios Constitucionais**

Ao começar esse capítulo é preciso ter em mente o que preleciona Aury Lopes (2019, p. 113):

O Brasil, enquanto democracia jovem e com grandes instabilidades econômicas e políticas, é um exemplo dos altos e baixos aos quais os direitos fundamentais são submetidos, diante da forte tensão existente entre o populismo punitivo e as garantias constitucionais.

Na atualidade, a atuação do Estado ao aplicar a sanção penal aos seus autores, deve estar dentro dos ditames dos marcos processuais estipulados pelas leis e, acima de tudo, os que foram estabelecidos pela Constituição Federal, de modo a possibilitar que igualmente sejam atendidos os direitos de ação e de defesa visando a justa solução do conflito. Acerca da questão assinala Candido Rangel Dinamarco (1993, p. 27):

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamadas; ele é, por assim dizer, o microcosmo democrático do Estado de direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.

Com o processo de constitucionalização o direito processual penal adquiriu uma nova faceta. A respeito do tema, Pacelli (2018, p. 24) afirma que passou se exigir que houvesse uma igualdade entre os litigantes, sendo necessário que se nivele a desigualdade que ocorre no curso da persecução penal, quando o Estado reveste-se das funções investigatórias e acusatórias além do monopólio da jurisdição.

Merece destaque o pensamento de Aury Lopes (2017, p. 25) acerca da questão:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso.

O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Nas palavras de Geraldo Prado (2014, p. 15), não há como se conceber a atuação estatal de verificação da responsabilidade penal, se o procedimento estiver às margens instituídas no âmbito da legalidade. Até porque, é no bojo da persecução penal que se auferirá se existe uma coesão entre o estado democrático de direito, e as práticas coercitivas em monopólio do Estado. A legislação do processo penal, nunca pode afastar-se da Constituição.

O processo penal brasileiro deveria se constitucionalizar e democratizar, abrindo-se para a esfera protetiva ali estabelecida, bem como se convencionalizando. Sem embargo, a prática forense, fruto de uma forte cultura inquisitória arraigada, opera em sentido inverso: comprime a esfera de proteção constitucional e convencional para entrar na forma autoritária do código. (LOPES, 2019, p. 83)

Logo, é possível afirmar não ser mais concebível que se aplique ou interprete o Processo Penal de maneira dissociada à Constituição Federal. De acordo com Aury Lopes (2019, p. 23), o processo penal é instrumento de efetivação das garantias constitucionais.

Os direitos fundamentais, conforme destaca Gustavo Torres Soares (2014 p. 289), que são fontes de inspiração para o garantismo penal, são conquistas civilizatórias que não podem ser desprezadas. Seja por ter uma função política, garantindo uma sociedade boa e justa, ou por seu viés político, pois é o que legitima o ordenamento jurídico.

Eis a importância se discutir previamente os princípios constitucionais que interferem diretamente nas decisões das Cortes Superiores.

### 3.2.1 Princípio do Devido Processo Legal

A ideia de um processo justo e igualitário teve origem na Magna Carta inglesa de 1215, e ganhou forma no direito brasileiro através do art. 5º, LIV, da Constituição Federal que preconiza “*ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal*”. Acerca da questão, colaciona-se trecho de Geraldo Prado (2005, p. 17):

É importante também destacar que a estrutura processual conforme o devido processo legal formal e substancial, ela própria, estrutura, configura verdadeira garantia de implementação dos direitos fundamentais, e, portanto, dela se alimenta de nutrientes normativos que viabilizam a sua existência e validade.

Dessa forma, pode-se dizer que antes da restrição de qualquer direito é preciso que haja a instauração de um processo, atentando-se ao fato de que o processo deve ser justo, com igualdade entre as partes, assegurando o contraditório e a ampla defesa. Ou seja, um processo em que sejam garantidos todos os recursos legais possíveis.

Assevera Aury Lopes (2019, p. 27) que no processo penal não se pode confundir o respeito às garantias com a impunidade. As regras do devido processo legal devem ser observadas para que se possa chegar, legitimamente, à pena. Não se concebendo mais a ideia de que o processo é instrumento para o poder punitivo estatal.

Pode-se concluir, portanto, que o princípio constitucional do devido processo legal impõe os limites à atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário na busca pela justiça. Sobre a questão cabe destacar o posicionamento de Khaled Jr. (2013, p. 170):

Nesse sentido, antes de ser indagada a possibilidade de obtenção da verdade nos sentidos ontológico e epistemológico, deve ser demarcada uma fronteira não ultrapassável entre qualquer pretensão nesse sentido e os limites impostos ao processo na configuração democrática exigível pelo devido processo legal.

Dessa forma, todos os atos empreendidos na busca pela verdade no processo penal devem ser limitados pela garantia constitucional do devido processo legal, de maneira que o poder punitivo estatal não pode desrespeitar a ritualista imposta, impedindo que a atividade estatal se estabeleça de maneira desproporcional, arbitrária ou desarrazoada.

Dentro desse contexto, assegurar que a cadeia de custódia permaneça íntegra e rastreável, é consectário lógico de um processo que respeita as garantias fundamentais dos cidadãos. Viabilizar que provas obtidas por métodos ocultos sejam admitidas no bojo do processo, é ir na contramão do que preceitua o princípio do devido processo legal.

### 3.2.2 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

Ao adentrar os estudos desses dois princípios que em determinado momento se fundem, cabe trazer o ensinamento de Eduardo Couture (2003, p. 42) sobre o processo:

*A justiça se serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos, chegar à verdade. O eterno vir a ser, dizia Hegel, obedece à dialética. Põe-se, opõe-se e compõe-se num ciclo que presume um começo e que só o alcança ao afinal. O todo e suas partes se integram reciprocamente ao imenso*

*torvelinho. Fora dele, tudo perde o impulso e a vida. Nada é estável. Apenas o torvelinho é permanente. (grifo nosso)*

Entre os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, decorrentes do conceito de devido processo legal (*due process of law*), tem-se o da ampla defesa e do contraditório, que possuem respaldo constitucional, nos quais se busca, essencialmente, garantir a todos os cidadãos o direito a uma defesa processual técnica e fundamentada em paridade de armas com a acusação.

Partindo-se dessa premissa sentido importante transcrever ensinamento doutrinário que afirma, *verbis*:

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal. (NUCCI, 2015 p. 36-37)

O princípio do contraditório e da ampla defesa preconiza que é dever do Estado assegurar a todo acusado uma defesa o mais abrangente possível. Dentro dessa perspectiva é importante frisar que o direito a ampla defesa é um instrumento para a efetivação do devido processo legal, garantindo um processo justo. Nesse sentido, cabe destacar o posicionamento de Geraldo Prado (2005, p. 352):

No campo do processo penal de conhecimento, mais visível e interessante para a própria dramaturgia do Estado Espetáculo, várias garantias são dispostas pelo direito para aqueles que têm condições de acesso a melhores recursos jurídicos, e também, em grau variável, para todos os demais acusados. Assim, exige-se que um juiz imparcial aprecie a demanda do acusador, em um ambiente filtrado pelo contraditório, que só é possível graças à ampla defesa assegurada pela direta participação do acusado no processo e pela intervenção de Defensor profissional.

Dentro do sistema acusatório, o contraditório é peça fundamental não sendo admitido que a defesa reste silente quanto às provas trazidas pelo Ministério Público, ou seu representante, de forma que a ausência de questionamento por parte da defesa torna-a ineficaz. Neste sentido, está o entendimento manifestado por Júlio F. Mirabete (2004, p. 661) ao dizer o seguinte:



Quando a defesa técnica, em sua manifestação, não é benéfica ao réu, em sua sorte processual, defesa não é. Vale dizer, é inexistente, nula, prejudicial ao ofendido, nulificando a garantia constitucional, a promessa estatal *pro cive*.

Logo, não se pode perder de vista que no processo penal deve existir possibilidade de reação que permita um contraditório pleno e efetivo. Segundo Antônio Scarance (2002, p. 61) deve ser pleno na medida em que se torna necessário a observância do contraditório durante todo o processo, até seu término. Deve ser também efetivo, pois não basta que haja possibilidade formal da parte de se pronunciar sobre as acusações e provas, sendo necessário que sejam dados meios reais para que se tenha possibilidade de contrapor as evidências.

Assim, assegurar que as evidências materiais permaneçam robustas e confiáveis, permite a garantia da ampla defesa, prevenindo tomadas de decisões injustas e/ou inconsistentes, sendo tanto uma responsabilidade quanto uma obrigação do Estado na garantia da ampla defesa e da promoção da justiça. Logo, a cadeia de custódia garante que apenas provas, com elementos comprobatórios consistentes e fundamentados técnica e cientificamente, sirvam de elemento de convicção do juiz ou dos jurados. (MEDEIROS, 2020, p. 21)

Indiscutível portanto, a necessidade de uma defesa plena e eficaz para se contrapor a atividade punitiva estatal. Importante trazer à baila o que preceitua Alberto M. Binder (2002, p. 155) sobre a questão:

*El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal<sup>5</sup>. (grifo nosso)*

Pode-se concluir, portanto, que a contestação dos fatos apresentados deve ser marca indelével de um processo. Acerca da questão, merece destaque o posicionamento de Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 137):

Trata-se, portanto, de garantia fundamental de imparcialidade, Legitimidade e correção da prestação jurisdicional: sem que o diálogo entre as partes anteceda ao

---

<sup>5</sup> O direito de defesa cumpre, no processo penal, uma função particular: por um lado, atua em conjunto com as outras garantias; por outro, é a garantia que operacionaliza todas as outras. Por isso, o direito de defesa não pode ser equiparado às demais garantias processuais. A inviolabilidade do direito de defesa é a garantia fundamental que possui o cidadão, pois é a única que permite que as demais garantias tenham validade concreta no processo penal. (tradução livre)

pronunciamento estatal, a decisão corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta; poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça.

Embora o contraditório seja indissociável de ampla defesa, cabe gizar que, conforme o entendimento de Badaró (2009, p. 37) o contraditório atende a ambas as partes, já a defesa incumbe apenas ao réu. Nesta senda, Nucci (2015, p. 65) destaca uma das características da ampla defesa para o réu:

A ampla defesa gera inúmeros direitos exclusivos do réu, como é o caso de ajuizamento de revisão criminal – o que é vedado à acusação – bem como a oportunidade de ser verificada a eficiência da defesa pelo magistrado, que pode desconstituir o advogado escolhido pelo réu, fazendo-o eleger outro ou nomeando-lhe um dativo, entre outros.

Dessa forma, no processo penal o acusado deve ter acesso a uma defesa plena e efetiva, o que somente é possível através do exercício do contraditório, que possibilitará a discordância de toda alegação fática ou probatória que seja trazida aos autos. Somente com uma relação equilibrada entre acusação e defesa é que se pode admitir o poder punitivo estatal.

Segundo Ferrajoli (2002, p. 121), ainda mais importante no processo do que a necessidade da prova é a garantia do contraditório, isto é, a possibilidade da refutação ou da contraprova. A garantia da defesa consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado. A busca destas deve ser tutelada e favorecida não menos que a busca daquelas.

Importante destacar, segundo as lições de Geraldo Prado (2014, p. 59), que a paridade de armas e conhecimento pleno das fontes de provas obtidas durante a investigação criminal viabilizam o concreto exercício do direito de defesa, que não fica restrito aos elementos informativos que são de interesse da acusação.

*A destruição dos elementos informativos, comprovada por perícia no processo, inviabiliza o exercício do direito de defesa e a própria fiscalização judicial, relativamente ao caráter de confiabilidade dos demais elementos, pois que elimina qualquer possibilidade de se ter acesso a informações que, a priori, justificaram a intervenção de natureza cautelar e que poderiam relacionar, de diversas maneiras, os múltiplos elementos. (PRADO, 2014, p. 83, grifo nosso)*

Dessa forma, não pairam dúvidas que a preservação da cadeia de custódia é peça fundamental para uma defesa plena, uma vez que o contraditório somente pode ser exercido se todos os passos percorridos pela evidência forem devidamente documentados enquanto estiverem em posse das autoridades.

De maneira resumida, Aury Lopes (2012, p. 214) afirma que o contraditório é o direito de participar, mantendo uma contraposição em face da acusação, e para tanto deve estar informado de todos os atos desenvolvidos. Por óbvio, se a cadeia de custódia não é preservada, se todos os elementos não estão disponíveis para verificação das partes, viola-se o contraditório impedindo a ampla defesa.

Cabe destacar que toda vez que se inviabiliza o contraditório não como ocorrer a ampla defesa. Desse modo, destaca o referido autor que em muitos momentos o contraditório e a ampla defesa se fundem, e toda a distinção teórica fica isolada diante do desenrolar processual.

Ainda na perspectiva do autor, relembra-se que o princípio do contraditório garante que a defesa tem que ser informada e possa participar do processo. Deve haver o conhecimento completo do que está ocorrendo no processo, de todos os atos processuais, não podendo haver segredos sob pena de se violar o que assegura o art. 5º, LV da Constituição Federal. (Lopes, 2012, p. 242)

Pode-se dizer que a manutenção da cadeia de custódia da prova tem como consequência a identificação de todas as etapas pelas quais a evidência passou enquanto estava sob a tutela do Estado, o que acaba por preservar a ampla defesa e a possibilidade efetiva do contraditório, uma vez que sem esse instrumento não se pode auferir a integridade e autenticidade do material.

A falta de rastreabilidade da evidência, coloca a defesa em desvantagem, inviabilizando que o contraditório seja exercido, pois não se pode contestar aquilo a que não se tem acesso. Em um sistema acusatorial, engegueirar a defesa é resvalar em memórias inquisitoriais que demonstram a faceta mais cruel do processo.

### 3.2.3 Princípio da Presunção de Inocência

Na visão de Aury Lopes (2019, p.113), podemos afirmar que o nível de civilidade de um povo pode ser medido pelo maior ou menor respeito à liberdade individual e à presunção de inocência.

Afirma Geraldo Prado (2014, p. 19) que, o juízo de partida de toda investigação penal é a incerteza, garantida pela presunção de inocência, e que a punição somente será aplicada a partir do momento em que seja possível superar o estado de incerteza. Dessa forma, o modelo de processo penal ideal é aquele que possa viabilizar o conhecimento da infração penal e seu

autor, em um esquema lógico e jurídico que dê ensejo ao que mais possa se aproximar da verdade dos fatos.

Logo, respeitando a definição de *nulla poena sine iudicio*, o processo possui uma função cognitiva de modo que seja estruturado um terreno jurídico capaz de verificar e refutar teses antagônicas, permitindo que as partes possam colaborar para formação do convencimento do magistrado. Não se pode afastar o processo do seu caráter dialético.

Ainda na visão do Autor, o sistema acusatorial e inquisitorial possuem um elemento central comum que é a prova penal e sua ligação com a verdade. O que vai diferenciar, é de que forma esse material é organizado no campo interno, que conhecimentos produz e quais respostas será capaz de oferecer. Dessa forma cabe destacar que:

Assim, a prova penal converte-se em chave explicativa de esquemas metodológicos diversos, que disputam a primazia de ditar o objetivo do “processo”. Ela é um dos principais elementos que, a depender do tratamento que receba, estabelece que tipo de processo penal vigora em determinada sociedade. (p. 20)

Na visão de Aury Lopes (2012, p. 236) é o princípio reitor do processo penal. E vai além, afirma que se todos os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, da mesma forma estão ameaçados pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência seja uma garantia de segurança oferecida pelo Estado de Direito. É uma defesa contra o arbítrio punitivo.

De acordo com Geraldo Prado (2014, p. 21), uma das consequências que surgem da presunção de inocência ocupar posição de destaque no processo penal, é fundar a imposição e aplicação da pena nos dispositivos probatórios. De forma que em um processo criminal a tese acusatória deve ser verificada ou refutada através das provas e contraprovas.

Relembra o autor que, em passado inquisitorial, o processo penal brasileiro não dava a devida importância à questão probatória, buscando apenas a verdade real, capaz de sustentar o convencimento do juiz acerca da culpabilidade. Quando passamos para o sistema acusatorial, há uma mudança de paradigma, reconhecendo o caráter sensível e sofisticado da questão probatória. Em suas palavras, houve uma domesticação do poder punitivo Estatal.

De maneira sucinta, Geraldo Prado (2014, p. 41) afirma que a defesa possui o direito de conhecer a totalidade dos elementos informativos para rastrear a atividade persecutória, não havendo outra maneira para identificação das provas ilícitas. Tais informações, inclusive, são necessárias para a elaboração da contraprova.

A possibilidade de refutação pela defesa constitui elemento indispensável à validade jurídica de um processo penal estribado na verificação do fato como condição para a punição do acusado.

O arco de informações submetidas ao contraditório no processo penal à luz do estado de direito é amplo, portanto, não está limitado ao conjunto de informações que a acusação (ou a Polícia) disponibilizam o juízo e à defesa. (PRADO, 2014, p. 41)

Segundo Geraldo Prado (2014, p.43), o processo penal regido pela presunção de inocência, que se desenvolve na atuação do contraditório, nutre-se da necessária disciplina probatória, que é atingida através de controles epistêmicos.

A indispensabilidade de um eficiente sistema de controles epistêmicos goza de especial importância nos dias atuais, porque vulgarizou-se o apelo, no âmbito da investigação, aos métodos ocultos de pesquisa (interceptação das comunicações e afastamento de sigilos) e de um modo geral a totalidade dos elementos informativos que subsidiam acusações encontra-se alicerçada em elementos obtidos dessa maneira. (PRADO, 2014, p. 43)

Na definição do referido autor, cabe ao juiz de acordo com o que preconiza os artigos 155, 157, 395, 396 e 397 do Código de Processo Penal, exercer um controle acerca dos requisitos de verificabilidade dos fatos e assegurar a paridade de armas, de modo a não tornar o processo penal mera cerimônia protocolar que antecede a punição. Não podendo perder de vista que o processo penal deve ser interpretado de acordo com a Constituição, com relembra Aury Lopes:

Pode-se afirmar, com toda ênfase, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e todos a ele submetidos o são, pois só perdem esse *status* após a sentença condenatória transitar em julgado), pois esse é o dever que emerge da presunção constitucional de inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição. (LOPES, 2017, p. 30)

Assinala Ferrajoli (2002, p. 121) que a acusação tem o ônus de descobrir hipóteses e provas e a defesa detém o direito de contraditar com contra-hipóteses e contraprovas. Deve o juiz, portanto, regido pela imparcialidade e a dúvida, analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória só se estiver provada e não a aceitando, não apenas se não for desmentida, mas também se não houver como descartar as hipóteses em conflito.

### 3.2.4 Princípio da Vedação da Prova Ilícita

O princípio da vedação da prova ilícita encontra-se estampado no art. 5º LVI da Constituição Federal, sendo mais um desdobramento do que pode ser extraído do conceito de

devido processo legal, tornando-se verdadeiramente um limitador da atividade instrutória, somente sendo admitidas como válidas as provas produzidas de acordo com as normas previamente estabelecidas.

Acerca da questão, destaca-se que “*o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo*”. (GRINOVER, et al., 2007, p. 155)

É importante gizar que a inadmissibilidade da prova ilícita decorre diretamente da Constituição, que foi elaborada em um contexto de Estado de Direito. Sobre a questão, na obra elaborada por PACELLI e FISCHER (2016, p. 367), aufere-se que a afirmação dos direitos fundamentais é característica dessa modalidade política de Estado, não sendo permitido buscar a verdade dos fatos a qualquer custo. Afirma ainda que:

*[...] diante da falibilidade e precariedade do conhecimento humano a que aqui já nos referimos, no final de tudo o que poderá restar será apenas o custo a ser pago pela violação dos direitos, quando da busca desenfreada e sem controle da prova de uma inatingível verdade real. (grifo nosso)*

Seguindo esse prisma, as provas produzidas ao arrepio da legislação devem ser consideradas ilícitas, por descumprimento do que preconiza a Constituição Federal e o Código de Processo Penal em seu art. 157.

Deve-se pontuar que o Estado dispõe de um extenso aparato para a produção probatória, de maneira que não pode a acusação atuar sem limites na produção do arcabouço probatório, sob pena de inviabilizar a defesa do acusado. Colaciona-se o que diz a doutrina sobre a questão:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo. (PACELLI, 2018, p. 283)

O que se busca através da vedação das provas ilícitas é a manutenção das garantias preconizadas em um estado democrático de direito, no qual se repudia que o monopólio da força converta-se em arbítrio.

Quando ocorre uma violação à cadeia de custódia das provas, quaisquer que sejam as informações obtidas devem ser consideradas ilícitas pois serão obtidas sem a devida observação dos procedimentos. A questão das provas digitais ganha contornos ainda mais preocupantes.

As provas digitais gozam de presunção de veracidade, pois entende-se que uma foto, um vídeo, a captura do trecho de uma conversa, em tese não abririam brechas para a adulteração. Pode-se dizer que estaríamos diante de uma concepção de prova plena, apontada por Ferrajoli (2002, p. 109), comum no procedimento inquisitivo pré-moderno em que ocorre uma tarifação das evidências. Seria, portanto, uma prova com valor superior as demais, de difícil contestação, tendo um caráter irrefutável.

Cabe rememorar que nos ensinamentos de Aury Lopes (2012, p. 612) resta evidente que não pairam dúvidas acerca do valor do conhecimento científico, mas não se deve considerá-lo absoluto, uma vez que mesmo o saber científico é relativo e, por vezes, possui um prazo de validade. Não existindo, portanto, “a rainha das provas”.

Dessa forma, a manutenção da cadeia de custódia é imprescindível pra que haja a verificação de idoneidade daquela evidência. As provas digitais precisam ter todos os seus passos documentados e registrados sob pena de que uma prova ilícita seja utilizada no bojo do processo pela acusação.

Logo, segundo os ensinamentos de Manuel Monteiro Valente (2020, p. 77), ao ocorrer uma violação na quebra da cadeia de custódia, deve ocorrer a proibição de toda a dimensão da prova, sendo inadmitida no processo-crime, ou que haja a inadmissibilidade de valoração, impondo-se o respectivo desentranhamento da evidência.

#### 4 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Primeiramente cabe destacar que a escolha pela análise das decisões dos Tribunais Superiores está pautada na importância dentro do sistema judiciário brasileiro quanto à unificação dos preceitos legais e a relevância de suas decisões.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão da cúpula do Poder Judiciário, sua função é defender a Constituição, conforme preconiza o artigo 102. É formado por 11 ministros que são nomeados pelo Presidente da República, escolha que depois deve ser aprovada por maioria absoluta do Senado Federal. Já o Superior Tribunal de Justiça é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal. É de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não versem acerca de matéria constitucional nem a justiça especializada como o TST e o TSE, por exemplo.

Conforme demonstrado durante o presente trabalho, a inserção da Cadeia de Custódia no Código de Processo Penal só veio ocorrer com o Pacote Anticrime, de modo que para o presente estudo é de extrema relevância compreender de que forma os precedentes foram analisados, uma vez que devem ser utilizados como paradigmas para as novas demandas que chegarão ao judiciário.

Ao restringir a busca na aba de pesquisa dos respectivos sites ao tema cadeia de custódia, o primeiro acórdão é datado de 2016 no STJ e no STF. Ou seja, o recorte temporal de 2018 a 2021 abrange um lapso temporal considerável diante da inovação do tema.

Deve-se ressaltar, novamente, que a tecnologia avança em descompasso com o Direito. Então, analisar acórdãos de elementos que atualmente são considerados ultrapassados como disquetes, por exemplo, não guardaria nenhuma relevância acadêmica.

As decisões foram selecionadas de acordo com as palavras chaves buscadas: cadeia de custódia, provas digitais, aparelhos eletrônicos, nulidade. E a partir da leitura dos acórdãos foram selecionadas decisões que continham arguições de nulidades diferentes, a fim de possibilitar um espectro maior de possibilidades.

A análise está limitada aos acórdãos, visto que consistem na decisão final acerca da demanda. A fim de não extrapolar os limites da presente pesquisa, analisou-se a questão central referente à quebra da cadeia de custódia dos dispositivos e suas consequências, optando-se por não adentrar em questões acessórias.



A análise das decisões ocorrerá da seguinte forma, o primeiro parágrafo situará o leitor sobre os pontos específicos analisados na demanda, respondendo às seguintes perguntas:

- Qual o tipo penal imputado?
- Qual o dispositivo eletrônico ou mídia digital utilizado?
- Em que momento argui-se a quebra da cadeia de custódia?
- A quebra da cadeia de custódia acarretou a nulidade das evidências?
- Qual o resultado da ação/recurso?

Após responder de maneira sucinta tais questionamentos deixando claro o posicionamento do tribunal, será realizada uma análise pormenorizada dos fundamentos da decisão em relação aos princípios e procedimentos técnicos já discutidos no presente trabalho, demonstrando que somente através da realização de uma perícia que respeite a cadeia de custódia das evidências é que se pode chegar a um julgamento que respeita as garantias processuais.

Reitera-se, portanto, as questões propostas anteriormente:

- Quais as consequências e que dúvidas surgiram a partir da quebra da cadeia de custódia.
- Qual foi o papel da perícia técnica.
- Quais princípios foram violados pela quebra da cadeia de custódia da evidência.
- Qual o resultado da ação ou recurso.

Através da aplicação dos conhecimentos técnicos e principiológicos já debatidos será realizada uma análise das decisões demonstrando eventuais equívocos na cadeia de custódia que levaram a violação das garantias.

Cabe destacar que alguns processos possuíam segredo de justiça, e para realizar a pesquisa dentro de um mesmo parâmetro analisa-se somente as informações disponibilizadas nos acórdãos.

#### **4.1 RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 99.735 - SC (2018/0153349-8) – STJ**

Na decisão em análise, os recorrentes estão enquadrados no crime de Tráfico de Drogas e Associação ao Tráfico, o dispositivo eletrônico que forneceu as mídias utilizadas foi um aparelho celular conectado ao WhatsApp Web, não houve cadeia de custódia, e a relatora

reconheceu a nulidade da evidência e seu desentranhamento dos autos, sendo provido o Recurso Ordinário.

Na decisão em análise julgada em 27/11/2018, a relatora deu provimento ao Recurso Ordinário interposto, declarando a nulidade da decisão judicial que autorizou o espelhamento do *WhatsApp* via *QR Code*, como também entendeu pela nulidade das provas e dos atos que dela diretamente dependam ou sejam consequência, fazendo ressalva a eventuais fontes independentes. Por consequência da decisão, houve a revogação da prisão preventiva dos Recorrentes.

A primeira coisa que se destaca nessa decisão, é que não houve menção expressa ao instituto da cadeia de custódia da prova, embora esteja intrinsecamente conectado ao tema. No decorrer da análise, ficará latente que a decisão de maneira escorreita consegue aplicá-la ao caso em tela.

A situação jurídica examinada versa sobre a possibilidade de que sejam admitidas as provas obtidas através do espelhamento do aplicativo de mensagens *WhatsApp*. Na presente demanda, a acusação tentou fazer uma analogia entre o espelhamento e a interceptação telefônica.

O Juízo de primeiro grau deferiu pedido da Autoridade Policial no sentido autorizar que fosse apreendido o celular do acusado, cabe destacar como foi a decisão:

*Ante o exposto, DEFIRO a quebra do sigilo dos dados do celular alvo do investigado Antônio Carlos da Costa (Caio) e seus interlocutores em especial do aplicativo WhatsApp da forma como solicitada pela autoridade policial. Autorizo ainda, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, o monitoramento e captura de arquivos (mensagens e consequente gravação de telas de conversas e áudio, para utilização como método de prova da prática de delitos de tráfico de drogas e outros. (grifo nosso)*

Em ato subsequente, foi requerida a prorrogação, e nesse momento é feita analogia com a Interceptação Telefônica:

*Considerando o ofício de fl. 18, considerando ainda o parecer ministerial de fls. 22/23, defiro a prorrogação da interceptação telefônica e telemática e quebra de sigilo de dados telefônicos, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, nos termos da decisão de fl. 16. (grifo nosso)*

A defesa arguiu que a referida analogia com a interceptação telefônica seria inviável por se tratar de acesso remoto a todo o aplicativo do *Whatsapp*, apontando ainda que as mensagens poderiam ter sido alteradas.

Ao se debruçar acerca da questão, a Ministra Laurita Vaz, preocupa-se em fazer uma distinção entre a interceptação telefônica e o espelhamento do aplicativo de mensagens, destaca que por se tratar de uma evolução tecnológica, é preciso entender de que forma isso se opera e quais dificuldades probatórias ensejar.

Dessa forma, a Relatora traz a explicação acerca dos procedimentos. O espelhamento é realizado através do site do *WhatsApp Web* (<https://web.whatsapp.com/>) que é disponibilizado pela própria empresa. Ao abrir a página, é gerado um código de barras, Código QR (*Quick Response*), que é lido pelo aparelho dando acesso a todo o aplicativo. A relatora destaca que existe uma necessidade de apreensão do aparelho eletrônico, mesmo que por um período exíguo, para que seja feita a leitura do código, e é por isso que surge a necessidade enfatizada pela Autoridade Policial da apreensão.

A Ministra destaca que na ferramenta *WhatsAppWeb* existe a possibilidade de escolher a opção “Mantenha-me conectado”, o que fez com que a Autoridade Policial se conectasse de maneira permanente ao aplicativo, devolvendo o aparelho ao investigado, e mantendo o monitoramento das conversas em total sigilo.

Isso permitiu aos investigadores não apenas o acesso a **todas** as conversas –conteúdo das mensagens e dados anexados – que **já estavam registradas** no *WhatsApp* do Recorrente (*ex tunc*), **independentemente da antiguidade ou do destinatário**, como também o **acompanhamento, dali para frente** (*ex nunc*), de todas as conversas que fossem iniciadas pelo Recorrente ou por algum de seus contatos. (fls.17, grifo nosso)

Além disso, a nobre julgadora avalia que o *WhatsAppWeb* foi desenvolvido com o objetivo de possibilitar ao usuário a realização de **todos os atos de comunicação** a que teria acesso no próprio celular. Dessa forma, o emparelhamento permitiria que concomitantemente o aplicativo fosse usado no site e no aparelho celular.

De maneira escoreita, a decisão traz mais uma ressalva importante, tanto no aplicativo, quanto no navegador, há a possibilidade de envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), podendo ter sido enviadas pelo próprio usuário ou algum contato.

Existe um outro ponto importante a ser considerado, o aplicativo também permite que seja realizada a opção apagar somente para mim, o que não deixa nenhum vestígio, não podendo jamais ser recuperada em função da criptografia de ponta a ponta utilizada.

A ministra conclui, afirmando que seria impossível fazer uma analogia entre o espelhamento do *WhatsApp*, ao instituto da interceptação telefônica (art. 1.º, da Lei n.º 9.296/1996), pois existem muitas diferenças entre os dois sistemas de obtenção de provas, sobretudo no que diz respeito à operacionalização e ao acesso às comunicações pertinentes.

Seguindo com as diferenças, pontua que na interceptação telefônica o investigador da polícia é mero espectador, e no espelhamento pelo *WhatsAppWeb* existe uma concreta possibilidade de atuar como participante, uma vez que a plataforma permite que mensagens sejam enviadas e até apagadas sem deixar vestígios.

Quanto a essa questão, a Ministra faz uma ressalva enfatizando que embora os servidores públicos gozem de presunção relativa, que pode ser questionada pela contraprova, uma vez que as mensagens sejam excluídas, não existe possibilidade de reavê-las para contestar.

Logo, admitir esse meio de obtenção de prova seria reconhecer uma presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores. Uma refutação por parte do acusado seria demandar a produção de uma prova diabólica.

Ademais, demonstra que na interceptação telefônica, escuta de conversas ocorre apenas depois da autorização judicial (*ex nunc*), já o espelhamento possibilita a leitura de todas as conversas armazenadas tendo um efeito retroativo quando aos dados (*ex tunc*).

Em termos técnico-jurídicos, o espelhamento seria melhor qualificado como um tipo híbrido de obtenção de prova consistente, a um só tempo, em interceptação telefônica (quanto às conversas *ex nunc*) e em quebra de sigilo de e-mail (quanto às conversas *ex tunc*). Não há, todavia, ao menos por agora, previsão legal de um tal meio de obtenção de prova híbrido. (fls.15)

Por fim, demonstra que para que o espalhamento aconteça, deve necessariamente haver uma busca pessoal ao domicílio para que ocorra a apreensão do aparelho para vincular-se no site, o que não é necessário na interceptação telefônica.

A ministra afirma que *esses fundamentos são suficientes, por si sós, para o provimento do recurso, a fim de declarar a nulidade da decisão que autorizou a medida*. Mas segue anisando ainda outras irregularidades pontuadas pela defesa acerca do desarquivamento dos autos, e a prorrogação da medida por mais 60 dias, que não serão abordadas no presente estudo.

A decisão analisada não foi modificada após interposição dos Embargos de Declaração e o Recurso Extraordinário foi negado seguimento.

Dessa forma, demonstrou-se que o meio de prova (espelhamento) não possuía o condão de garantir a fidedignidade das informações colhidas, e o processo de investigação é extremamente importante, não podendo ser visto como simples expediente.

Após a explanação do que restou decidido, cabe detalhar algumas questões com base no que já foi abordado na presente pesquisa. O primeiro ponto é destacar que as provas eram mídias digitais obtidas através do espelhamento do WhatsApp.

De início, vislumbra-se que não existe propriamente uma perícia voltada para o *WhatsApp*, os protocolos que devem ser seguidos pelo perito técnico-científico seriam como apreensão do aparelho celular que deve seguir todas as etapas: preservação, desligando o celular, ou em um ambiente protegido de sinais de telefonia, extração, análise e elaboração do laudo.

Cabe destacar mais uma das lições de Manuel Monteiro Valente (2020, p.37) que a Autoridade de Polícia Criminal ou o Delegado de Polícia não é perito técnico-científico, inviabilizando que exerça quaisquer funções de polícia científica como examinar os vestígios e indícios probatórios, como os constantes de uma mídia informática.

Através da análise do julgado, é possível observar que não existe nenhum registro da cadeia de custódia da prova. E que o recolhimento e das mídias sequer foi realizado por um perito forense oficial como prevê o art. 159 do Código de Ritos Penais. Na realidade todos os *prints* (capturas da tela) utilizados pela acusação foram, na verdade, obtidos por algum agente da própria polícia judiciária.

É preciso destacar que as provas não devem ser colhidas por profissional que não é habilitado, conforme já explanado anteriormente e previsto no art.530-D do CPP. A cadeia de custódia da prova veda a ingerência do material por profissional que não seja habilitado.

Fazendo um paralelo com a legislação nova, advinda do Pacote Anticrime, o fato dos *prints* terem sido obtidos pelo delegado ou qualquer outro agente, infringiria o que dispõe 158-B, IV que dispõe que após o recolhimento do vestígio, esse será submetido à análise pericial.

Ademais, cabe fazer uma consideração acerca do juiz que concedeu a apreensão do celular para posterior espelhamento no navegador. Segundo a visão de Aury Lopes (2017 p.98) o juiz brasileiro em decorrência da estrutura processual já inicia o processo contaminado, já que

a prevenção fixa a competência, desse modo não se estranha que tenha sido decretada a prisão preventiva com base em um arcabouço probatório sem nenhuma idoneidade.

Nas lições de Manuel Monteiro Valente (2020, P.24), admitir uma prova desvinculando-a do modo, da forma, da conservação e da materialidade como é obtida é atitude própria de sistemas inquisitórios ou de Estados polícia, que não encontra eco na Constituição.

A cadeia de custódia é, portanto, o elo que permite a verificação de todas as etapas e procedimentos a que a prova foi submetida.

#### **4.2 AG.REG. NO HABEAS CORPUS 156.157 PARANÁ – STF**

Na decisão em análise, o agravante foi denunciado pela exploração do jogo do bicho, as mídias digitais advêm da interceptação telefônica dos acusados, a quebra da cadeia de custódia ocorre na manipulação das gravações obtidas, não houve reconhecimento da nulidade da evidência, nem seu desentranhamento dos autos, sendo negado provimento ao Agravo Regimental.

O caso em tela trata-se de Agravo Regimental contra decisão que indeferiu a ordem em Habeas Corpus impetrado contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RHC 52.374/PR.

Na demanda em análise, o acusado, Delegado da Polícia Civil, foi denunciado em razão da suposta prática da contravenção penal de exploração do jogo do bicho (art. 58, § 1º, "d", do Decreto-Lei 6.259/44); quadrilha (art. 288 do Código Penal); corrupção passiva, por 76 vezes (art. 317, § 1º, do Código Penal); violação de sigilo funcional (art. 325, § 2º, do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º, incisos V e VI, da Lei 9.613/1998).

Durante as investigações, o Ministério Público do Estado do Paraná solicitou a interceptação dos telefones de alguns dos investigados. Ocorre que, parte das gravações foi perdida ou subtraída, fazendo com que a defesa suscitasse a quebra da cadeia de custódia através do Habeas Corpus junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (HC 1.167.881-4).

Na decisão que julgou o HC, houve a concessão parcial da ordem nos seguintes termos:

3. Não é razoável nem proporcional, diante da quebra da cadeia de custódia da prova, que a Corte de plano e singelamente anule, afaste e desentranhe a totalidade do material coletado através das interceptações telefônicas. A anulação, afastamento e desentranhamento deve se restringir ao material probatório coletado

contemporaneamente àquele subtraído dos autos (seja por extravio, inacessibilidade ou outro motivo).

Dando seguimento ao feito, a defesa buscou a anulação de todo o processo e das interceptações telefônicas, através da interposição de Recurso Ordinário em Habeas Corpus dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, mas que teve seu seguimento negado. Colaciona-se trecho da decisão:

5. No caso em exame, o Tribunal de origem reconheceu "o constrangimento ilegal consistente na não disponibilização da integralidade dos áudios interceptados", mantendo íntegro o conjunto probatório coletado, determinando ao Juízo de primeiro grau que promova o desentranhamento do áudios captados e eventuais de gravações, relativo ao "período adjacente àquele dos áudios, faltantes, inaudíveis ou inacessíveis".

Inconformada, recorreu ao Supremo Tribunal Federal alegando que deveria haver a nulidade da interceptação telefônica uma vez que houve sumiço e defeito de diversas gravações telefônicas interceptadas, o que constituiria uma prova do descuido e ilegalidade consubstanciada na quebra de cadeia de custódia da prova.

Ademais, alegou que declaração de ilegalidade e nulidade de provas foi ilegalmente diminuída, se houve o reconhecimento da ilegalidade na armazenagem e custódia das gravações todo material deveria ser ilegal e seu consequente desentranhamento. A ordem foi negada pelo Ministro Alexandre de Moraes, dando ensejo ao Agravo ora analisado.

Assevera o Relator que a decisão agravada deve ser mantida em todos seus fundamentos, porque as razões apresentadas não seriam aptas a serem alteradas. Enfatiza o referido Ministro, que as instâncias antecedentes não se equivocaram ao manter íntegro o conjunto probatório, excepcionando a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Seguindo essa mesma ótica, afirma que as provas ilícitas ou delas derivadas não possuem o condão de anular o processo, permanecem lícitas e válidas as provas que dela não ocorrerem. E continua:

[...] garantindo-se, pois, a licitude da prova derivada da ilícita, quando, conforme salientado pelo Ministro Eros Grau, 'arrimada em elementos probatórios coligidos antes de sua juntada aos autos' (Direito Constitucional – 33. ed. - São Paulo: Atlas, 2017, pp. 121-122). (fls.13)

Ademais, alega que cabe ao juízo de primeira instância o exame dos elementos de prova visando selecionar e expurgar as provas contaminadas, mantendo hígida a porção lícita.

Por fim, pondera que o agravante era Delegado de Polícia, e por isso *a inadmissibilidade das provas ilícitas, por ferimento às inviolabilidades constitucionais, deve ser compatibilizada aos demais princípios constitucionais*. No mesmo sentido afirma *que não podendo a invocação de inviolabilidades constitucionais constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas*.

Assim, A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio que entendeu que o agravo deveria ser provido para dar sequência ao Habeas Corpus. Primeira Turma, Sessão Virtual de 9.11.2018 a 16.11.2018.

Passando a uma análise com base no que já foi estudado na presente pesquisa, vislumbra-se na decisão, que apesar do reconhecimento da quebra da cadeia de custódia, as interceptações telefônicas não foram desentranhadas dos autos, sendo retiradas somente aquelas referentes ao período em que houve recortes e perdas dos diálogos. Ocorrendo uma mitigação em relação ao princípio da vedação da prova ilícita levando em consideração inclusive o fato do Agravante ocupar um cargo público.

O perigo da aplicação do princípio da proporcionalidade, como destaca Aury Lopes (2012, p. 596), é imenso na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é mutável. É extremamente arriscado lançar mão de um conceito manipulável, sem parâmetros para justificar restrição de direitos fundamentais, como ocorreu no caso em análise, já que o fato de ser Delegado afetou negativamente a análise do relator.

É preciso destacar que, na linha do presente estudo, acredita-se que, conforme assinala Gustavo Badaró (2017, p. 523), a cadeia de custódia é um procedimento que necessita de documentação ininterrupta, desde que a autoridade se depara com a fonte de prova. Deve ser certificado onde, como e sob a custódia de quais pessoas foram mantidos os vestígios, visando garantir sua identidade, integridade e autenticidade.

Se no presente caso houve uma parte da gravação que foi perdida, recortada ou manipulada, há a ocorrência da violação da cadeia de custódia do material, de modo que somente retirar os trechos adulterados não seria suficiente, já que a cadeia de custódia visa salvaguardar a integridade da prova como um todo, ou sua função constitucional-processual seria esvaziada.

Cabe destacar que dispõe o art. 5.º, LVI, da Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. De modo que não se fala em



seccionar a “parcela ilícita”. Tendo em vista que todos os diálogos vieram da mesma fonte de prova todos os diálogos deveriam ter sido desentranhados dos autos.

Não é demais rememorar que não se deve buscar a punição a qualquer custo, conforme ressalta Nucci (2014, p. 433) o Estado não deve promover, a violação da lei para garantir a efetividade da punição em matéria criminal. No presente caso apesar da violação ao artigo 157 do Código de Processo Penal, houve manutenção da condenação com base em evidências obtidas por meios ocultos.

Dentro dessa perspectiva, destaca-se o pensamento de Manuel Monteiro (2020, p. 18) que preconiza que o restabelecimento da paz jurídica não se afirma com a violação do *iter probandum* e do *thema probandum* e, se assim o fosse, muito menos se realizaria a justiça. Tendo a justiça limites e fronteiras inultrapassáveis.

#### **4.3 RECLAMAÇÃO 32.722 MATO GROSSO**

Na decisão em análise, os reclamantes estão enquadrados no crime contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro, as provas foram as mídias digitais (mensagens, e-mails, fotos) fornecidas pela empresa BlackBerry, a alegação da quebra da cadeia de custódia ocorre quando a Polícia Federal altera informações nos arquivos originais, a decisão foi no sentido de que aos arquivos originais das interceptações telemáticas devem ser fornecidos à defesa, sendo procedente a Reclamação.

A decisão em análise versa sobre reclamação, com pedido de medida liminar, contra decisão proferida pelo Juízo da Subseção Judiciária de Cáceres/MT, nos autos da Ação Penal 718-39.2013.4.01.3601. No referido processo, a defesa solicitou o conteúdo das interceptações telefônicas, “tal como enviadas pela Blackberry em sua originalidade”. Todavia, o pedido foi negado.

O pedido da defesa fundamenta-se na possibilidade de alteração dos cabeçalhos identificador das chamadas. Dessa forma seria necessário que houvesse acesso ao conteúdo das interceptações da mesma forma como foi enviado pela empresa fabricante dos aparelhos telefônicos, visando afastar a controvérsia acerca da confiabilidade da prova, afinal deveria ser averiguado se não houve adulterações.

Explica que a negativa de acesso integral ao conteúdo violaria a súmula 14 do STF. Em fase liminar foi deferida a suspensão do processo até o final do julgamento da reclamação.

A princípio do relator Gilmar Mendes, constata que o pedido não questiona a legalidade da interceptação. O que se busca é que a defesa tenha acesso aos dados, tal qual foram fornecidos pela *BlackBerry*, ou seja, em seu formato original.

Cabe destacar que durante o decorrer do processo restou comprovado que a autoridade policial ao receber os arquivos envidados alterou os nomes que estavam no cabeçalho, substituindo-os pelos nomes dos supostos interlocutores.

Cabe trazer a transcrição do que afirmaram os delegados responsáveis acerca da questão para demonstrar em que momento a cadeia de custódia foi violada:

**Defesa:** Quando o BlackBerry envia para o senhor essas mensagens, consta expressamente o nome Ricardo nessa conversa ou isso é uma inserção da Polícia Federal?

**William:** Isso aí é no momento em que chega a mensagem você pode colocar no cabeçalho da mensagem a pessoa que usava esse BBM.

**Defesa:** Então todas essas identificações que são feitas nas conversas são feitas pela Polícia Federal e não pela empresa Blackberry?

**William:** A empresa Blackberry identifica através do ID.

**Defesa:** A inclusão desse nome Ricardo, ela é feita pela empresa no Canadá ou pela própria Polícia Federal?

**Josean:** Pela Polícia Federal para ficar inteligível a dinâmica dos fatos.

**Defesa:** A interceptação em si em vem como um todo em formato texto de modo que você pode inserir o nome Ricardo?

**Josean:** Olha, eu não tenho esse conhecimento técnico porque eu recebo as interceptações e acompanhava, mas os analistas é quem têm o conhecimento técnico disso.

**Defesa:** Quem eram os analistas que assinavam os relatórios?

**Josean:** O Sr. William, e os que assinaram os relatórios na época, não me lembro.

**Defesa:** Seria possível alterar as próprias interceptações ou o senhor consegue alterar apenas as qualificações que a empresa te encaminha?

**Josean:** Não é possível alterar o fluxo de dados. O que a pessoa fala.

**Defesa:** De que forma é possível alterar a qualificação e não a própria interceptação.

**Josean:** Não sei te falar tecnicamente. (fls. 17, grifo do autor)

Cabe destacar que a transcrição do diálogo possibilita enxergar que os arquivos (mídias digitais) enviados pela empresa canadense foram realmente alterados pelos delegados, a fim de supostamente facilitar a identificação das pessoas que trocavam as mensagens.

Dessa forma, surge a dúvida de quais outros dados poderiam ter sido alterados, de maneira que somente podendo ter acesso aos arquivos originais é que se poderia vislumbrar o real conteúdo das conversações que foram utilizadas como prova.

Diante da questão, o juízo de origem oficiou a Polícia Federal a fim de obter mais informações, segue:

- 1- Se há possibilidade de acesso aos diálogos da maneira como eram disponibilizado pela Blackberry;
- 2- Como se dava o procedimento de extração dos diálogos;
- 3- Como e em que momento se deu o procedimento de inserção dos nomes dos investigados no cabeçalho dos índices dos diálogos interceptados;
- 4- Se os diálogos apresentados pela BBM seguiam, necessariamente, uma ordem numérica crescente;
- 5- Se a quebra da sequência numérica representaria, necessariamente, que o diálogo estava sendo cortado e não disponibilizado em sua íntegra. (eDOC 191, p. 3) (fls.8)

De acordo com a Polícia Federal, a empresa canadense *BlackBerry* envia os pacotes no formato .zip e que poderia ser encaminhado um CD contendo todos os pacotes da operação. Logo, não haveria prejuízo às investigações se o conteúdo fosse disponibilizado para análise da defesa.

Segundo informações prestadas pelo juízo de origem, as alterações efetuadas pela Polícia Federal estariam restritas ao cabeçalho dos diálogos para fins de facilitação da investigação, não alterando nada quanto ao conteúdo.

O relator pondera que na demanda em apreço instaurou-se uma situação de dúvida, que está embasada em elementos concretos, acerca da confiabilidade dos dados apresentados. Dessa forma, seria necessário que fossem adotadas medidas para proteção da cadeia de custódia da prova

Em sua linha de raciocínio, o Ministro afirma que somente a alteração dos cabeçalhos não indicaria que houve uma modificação no conteúdo das interceptações. Todavia, isso demonstrou que os arquivos eram passíveis de edição pelos investigadores. Eis a questão fulcral dos autos.

Afirma que o poder punitivo estatal deve estar vinculado a existência de uma condenação em que o processo penal respeite os direitos e as garantias fundamentais. Assim, para que seja aplicada uma pena é preciso que os atos estatais sejam confiáveis.

Logo, ao vislumbrar a existência de dúvida quanto a confiabilidade dos atos envolvidos, deve-se buscar meios para preservar a legitimidade da atuação dos envolvidos.

Com base no que foi exposto, o relator julgou procedente a reclamação, reconhecendo que houve violação à Súmula Vinculante 14, a Turma acompanhou o relator. Excetuando o Ministro Edson Fachin, conforme será analisado.

Primeiramente, o Ministro pontua que houve uma referência por parte da defesa à Reclamação 33.803, de relatoria de Fachin, no qual entendeu por acolher o pedido da reclamação e facultar o acesso integral à prova. Todavia, entende que existem diferenças entre os dois casos.

No mérito da ação em questão, o ministro acredita que deve ser realizada uma diferenciação entre transcrição e conteúdo. Ao realizar a transcrição do conteúdo houve a identificação com *nicknames* (*nomes para identificação*). Logo, não se trataria de uma questão de acesso à prova, pois esta estaria disponível, em seu conteúdo integral da mesma maneira que foi fornecida pela empresa canadense.

Em sua perspectiva não se enquadraria no caso de aplicação da Súmula 14, porque segundo o ministro *“o que se deseja aqui, com todo respeito, é, em função dessa eventual mácula da prova, produzir uma outra prova, ou produzir alguma prova, e não ter acesso efetivamente à prova”*. (fls.12, grifo nosso)

Acredita que, se a Polícia Federal encaminhou as informações da mesma forma que foram disponibilizadas nos relatórios parciais, não haveria a necessidade de trazer novamente aos autos. Cabe trazer à baila recorte do voto:

Há uma confusão na interpretação realizada pelos advogados," - estou lendo literalmente o que assentou o juízo reclamado - "pois, pelo que se depreende das informações repassadas pela PF, as mensagens eram enviadas em sua integralidade e com o mesmo conteúdo enviado pela empresa canadense. (fls.13)

Nesta senda, acredita que as informações prestadas pela Polícia Federal correspondiam ao que foi solicitado pela defesa. Defende que o conteúdo da prova foi colocado integralmente à disposição da defesa e da acusação, o que teria havido era a inserção de *nicknames* para identificar os dialogantes, o que não seria uma quebra da cadeia de custódia.

Em sequência temos o voto da Ministra Carmém Lucia que acompanha o relator afirmando que foi instalada uma situação de dúvida para a defesa. Enfatizando que *é um direito da parte de se ver julgada, segundo provas que tenham sido devidamente clareadas, não lhe sobrando qualquer dúvida quanto aos pontos*.

O ministro Celso de Mello acompanha o relator, enfatizando que a parte deve ter acesso aos elementos de prova, especialmente quando se objetiva assegurar a cadeia de custódia.

No voto do Ministro Lewandowski o ministro entendeu que assistia razão à defesa na medida em que existe uma dúvida razoável quanto a confiabilidade dos dados apresentados. Dessa forma, seria necessário que fossem entregues à defesa em sua versão original.

Ao analisar essa decisão, novamente nos deparamos com a problemática fusão de funções que existe entre os agentes policiais e os peritos criminais. Na visão de Manuel Monteiro (2020, p. 40), é clara a separação funcional entre a polícia criminal – polícia judiciária entendida ao longo do CPPB como autoridade e agentes policiais – e os peritos criminais. Sendo que só os peritos devem colher as informações, não sendo permitido que o policial posteriormente a altere, como aconteceu na decisão.

Cabe aqui destacar que foi concedido que a defesa tivesse acesso às provas para verificação de que outras informações não houvessem sido alteradas, o que remonta as lições de Ferrajoli (2002, p. 121) que explica que se incube a acusação o ônus de descobrir hipóteses e provas e a defesa tem o direito de contraditar com contra-hipóteses e contraprovas. Ao juiz, por sua vez, incube a tarefa de ensaiar todas as hipóteses, aceitando a acusatória só se estiver provada e não a aceitando, não só se resultar desmentida, mas também se não forem desmentidas todas as hipóteses em conflito com ela.

No caso em tela, o fato do agente, que não era o perito, ter alterado os cabeçalhos suscitou a dúvida acerca dos demais itens, o que proporcionou o surgimento da dúvida, de maneira que somente o acesso a todo o material em sua versão original poderá assegurar a ampla defesa dos investigados.

Se houvesse uma cadeia de custódia ílesa no presente caso, seria possível garantir a autenticidade e a integridade da fonte de prova. Conforme preleciona Badaró (2017, p. 525), a autenticidade significa que a fonte de prova é genuína, autêntica quanto a sua origem. Por outro lado, a integridade é a condição da fonte de prova que se apresenta íntegra ou inteira, não tendo sido adulterada, não sofrendo diminuição ou alteração de suas características, que se mantêm as mesmas desde a sua colheita.

No presente caso, como houve uma interferência externa de autoridade que não era competente, não é possível garantir a integridade da prova. Sem a versão original dos arquivos seria impossível exercitar o contraditório e a ampla defesa quanto às acusações levantadas.

Ademais, há uma outra problemática suscitada por Nestor Távora e Rosmar Alencar (2019, p.108), a forma como a prova foi obtida foi indevida e visava contornar a tecnologia da

BlackBerry que promete uma suposta segurança na troca de mensagens, de modo que o usuário não estaria sujeito a ter suas comunicações interceptadas.

Como nos lembra Nucci (2014, p. 66) embora o inquérito seja um procedimento preparatório, termina conferindo validade e confiabilidade àquilo que foi produzido pela polícia judiciária, de modo que o desenvolvimento do inquérito, precisa estar alinhado com os princípios.

Não se pode perder de vista que por força do artigo 169 do CPP, uma vez que o material foi colocado sob custódia somente o perito poderia manipular. Ao policial cabe somente o dever de garantir e tutelar a impenetrabilidade para que se mantenha sem qualquer dúvida ou suspeita, conforme destaca Manuel Valente (2020, p. 41)

Segundo a lógica do mesmo autor (2020, p. 22), o Direito jamais pode abdicar da credibilidade jurídica da técnica científica em prol da eficácia, pois esta, só é possível com a integralidade da custódia da coisa apreendida. Decidir de maneira oposta significa a corrosão e a corrupção da superioridade ética do Estado.

Manuel Monteiro (2020, p. 23) ressalta ainda que, não se pode olhar para a prova apenas como resultado, mas acima de tudo como um processo comunicacional probatório dialético límpido e transparente: leal e democrático.

#### **4.4 RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 104.176 - RJ (2018/0270095-7)**

No recurso em análise, não se pode auferir qual o tipo penal imputado, apenas que está envolvido com movimentações financeiras, as mídias digitais advêm de ‘*prints*’ do disco rígido, não houve cadeia de custódia, nenhum registro dos acessos, não houve reconhecimento da nulidade da evidência, nem seu desentranhamento dos autos, sendo negado provimento ao Recurso Ordinário.

Trata-se de recurso ordinário em Habeas Corpus, julgado em 2021 que foi improvido. Na demanda buscou-se o trancamento da ação penal em decorrência da ausência (ou quebra) da cadeia de custódia das provas apresentadas.

A defesa alega que necessariamente todos os documentos que foram entregues pelos delatores teriam que ter passado por uma perícia a ser realizada por um perito oficial. Como

não foi realizada, não se poderia garantir que os *softwares*, que deram origem aos '*prints*', não haviam sido manipulados.

Ademais, a defesa contratou um *expert* que comprovou a adulteração dos documentos que levaram à prisão preventiva, sendo constatado pelo perito particular que houve quebra da cadeia de custódia das evidências. Os sistemas utilizados eram "ST" e "BankDrop", que posteriormente serão detalhados.

A defesa pugnou que há a necessidade de exclusão dos autos de todos os '*prints*' do disco rígido apresentados durante a delação premiada ou, alternativamente, que fosse realizada a perícia.

Na decisão o relator nega provimento ancorando-se no fato de que seria necessária uma análise fático-jurídica, levando a questionamentos empíricos acerca de como a prova foi obtida, o que seria inviável por via de *habeas corpus*, devendo ocorrer na ação penal perante o juiz natural da causa.

Alega que a ampla defesa estará assegurada no processo de origem e que esse oportunamente poderá chegar à análise da corte, já com a devida resolução dos pormenores fáticos.

Um fato importante a se destacar na decisão analisada é que o relator afirma que "*os sistemas seriam apenas documentação daquilo que de fato ocorreu no sistema bancário*" (p. 11), dessa forma induz que a defesa deveria juntar aos autos os extratos bancários para provar que não houve a referida movimentação em vez de solicitar a perícia, nos seguintes termos:

É certo que a defesa não é obrigada a oferecer suas contas e movimentações financeiras para incriminá-la, contudo, havendo equívoco no conteúdo dos sistemas apresentados pelo delator, muito mais lógico e econômico seria juntar aos autos a real movimentação efetuada e a documentada nos sistemas bancários, o que reforçaria substancialmente a tese por ela levantada. (p. 11)

Primeiramente, seguindo o objetivo da presente pesquisa será destrinchada como deveria ocorrer a análise da prova digital obtida, demonstrando qual deveria ter sido o papel da perícia na obtenção dos arquivos digitais que deram ensejo à prisão preventiva dos acusados.

Os documentos juntados ao processo eram todos digitais, a maioria no formato PDF e foram entregues ao Ministério Público Federal em um HD (*Hard Disk* ou Disco Rígido), e juntados aos autos sem nenhuma perícia. A defesa então contratou um perito para analisar o material. Através de uma busca foi possível encontrar o laudo do *expert* que detectou a quebra

da cadeia de custódia no presente caso, Lorenzo Parodi, que será usado como supedâneo para a presente análise.

O perito contratado informa que para elaborar o laudo no dispositivo foi gerada uma cópia, que deu origem a um *hashcode* SHA-256, e todos os trabalhos foram desenvolvidos nesse clone.

Cabe rememorar que *hashcode*, segundo Eleutério e Machado (p. 123), é a transformação de uma grande quantidade de informações em uma pequena sequência de bits que é o código *hash* que permite a verificação da integridade posterior da mídia analisada, quando serão comparados os dois valores.

Um dos pontos iniciais que o perito chama a atenção é que as pastas que estavam no HD continham datas próximas do fornecido à defesa, o que indica que não havia sido clonado do original, violando assim um dos procedimentos fundamentais para análise pericial.

A cópia seria essencial pois ao simplesmente transpor os arquivos não há como verificar as características originais da mídia, se algo foi suprimido ou cancelado. Dando continuidade o *expert*, pontua que algumas imagens encontradas no HD que simulam capturas de tela, têm origem desconhecida, e que poderiam ter sido criadas usando programas gráficos.

Adentrando em outros pontos da perícia, Lorenzo Parodi explica que no HD fornecido não havia nenhum software executável, sendo a maioria dos arquivos no formato PDF, fotos e documentos. Entende-se por *software* executável aquele que é capaz de realizar tarefas ou elaborar dados.

Ou seja, os *softwares* “Bankdrop” ou “ST” que o MPF faz menção não estavam no HD, que continha somente imagens que não se tem como afirmar que, de fato, pertenciam a um *software*. E o perito vai além e afirma que sem ter acesso ao sistema não se pode garantir que não haveria funções básicas como “alterar dados” ou “apagar dados”. (p. 8)

O perito deixou claro que existiam divergências nas imagens que supostamente seriam capturas de tela do “Bankdrop” enfatizando que não se pode desconsiderar que alguém tenha inclusive criado o *software* somente para credibilizar as informações das delações.

Havendo inconsistências tão marcantes, entende-se que deveria ocorrer a nulidade das provas que foram obtidas através do HD. Existem nos arquivos a possibilidade de falsificação, não há possibilidade de autenticação, sem origem comprovada, e sem qualquer procedimento referente à cadeia de custódia. Claramente uma evidência que deveria ser inutilizada.



Cabe destacar que os documentos do disco rígido deram subsídio às delações levando à prisão preventiva dos acusados. É inadmissível em um sistema processual penal acusatório, se permitir que as provas obtidas por meios ilícitos, ou desconhecidos levem à perda da liberdade de um cidadão.

A realização da perícia seria de fundamental importância até pelo que preconiza o artigo 564, inciso III do Código de Ritos Penais, que prevê a necessidade de realização da perícia técnica nos vestígios que formam o corpo de delito, de maneira que a omissão dos agentes estatais ocasionaria a nulidade absoluta do processo. Nesse caso, seria possível que o HD fosse periciado o que não ocorreu.

Não se pode falar em devido processo legal ou ampla defesa quando as provas que serviram como supedâneo para a prisão preventiva estão eivadas de ilicitudes. Como afirmou Manuel Monteiro Valente (2020, p. 100) a cadeia de custódia e os princípios constitucionais possuem uma relação umbilical.

O que deveria ter ocorrido no caso em tela para que a prova fosse considerada válida, era uma perícia que respeitasse os procedimentos já citados no presente trabalho, preservação em local adequado, para posterior extração das informações através de uma cópia em que seria realizada a análise de todas as mídias, para então ocorrer a elaboração do laudo.

Todas as etapas deveriam ser registradas, demonstrando quem teve acesso ao material, quais os programas utilizados para averiguação do conteúdo e o código *hash* deveria ser emitido antes e após a análise por perito forense, que é o único profissional habilitado para fazê-lo.

Citando novamente Monteiro Valente (2020, p. 121), valorar uma prova em que houve ingerência indevida e não habilitada, legal, técnica e cientificamente, na cadeia de custódia é uma opção contrária à ordem jurídico-constitucional democrática que levaria à negação do Direito como ciência.

A prova não pode ser vista no processo penal somente como resultado, e essa é a importância principal da perícia, não permitir que ocorram violações de direitos sob a premissa de se fazer justiça. A prova tem que passar por um processo hígido e cristalino, submetida a valores constitucionais processuais, e a cadeia de custódia é mais um instrumento a serviço do Estado e do cidadão.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como destacou Aury Lopes (2012, p. 91), o fundamento da existência do processo penal é ser um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais, sendo legitimado como instrumento a serviço do projeto constitucional.

Partindo da premissa que todo posicionamento deve ter como norte os princípios e axiomas do Estado democrático, não se pode admitir que o processo penal ganhe facetas inquisitoriais, quando os fins justificam os meios, e a busca desenfreada por uma verdade irrefutável enegueire os operadores do Direito.

Nesta senda, entende-se que, no caso em que seja constatada a quebra da cadeia de custódia da prova digital, vindo a trazer a dúvida para o cadafalso do processo penal, não há alternativa senão a inutilização da daquela fonte de prova, evitando que seja utilizada como supedâneo para um juízo condenatório.

Não se pode perder de vista que a ilicitude na fonte de prova ocasiona uma nulidade qualificada, e pode ensejar inclusive um procedimento disciplinar contra o agente que descumpriu a cadeia de custódia se constatado que agiu de maneira intencional.

Dentro dessa perspectiva, cabe destacar que a função de examinar os vestígios e indícios probatórios cabe ao perito técnico-científico, dessa forma a autoridade policial deve preservar a evidência sem, contudo, acessá-la ou modificá-la sob pena de comprometer a fonte de prova.

Diante do exposto no presente trabalho, torna-se evidente que a tecnologia impõe que o Direito acompanhe os avanços das mídias digitais, sob pena de que princípios e axiomas do Estado Democrático de Direito sejam violados.

Não se pode negar que na contemporaneidade a ciência possui um lugar de destaque, inclusive perante a sociedade, de modo que é dotada de um elevado valor probatório, o que sem a devida atenção pode vir a se tornar um problema.

Não é demais lembrar que todos os saberes são aproximativos, de modo que impelir a pecha a perícia reveladora de verdades irrefutáveis poderia prejudicar de maneira imensurável o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Por essa razão a cadeia de custódia, a perícia técnica e os direitos fundamentais devem caminhar em conjunto, de modo que é a cadeia de custódia quem pode assegurar uma perícia técnica proba, garantindo por consequência a preservação dos direitos fundamentais.

Assim, o processo penal pode seguir na busca constante por encontrar uma relação harmônica entre o garantismo e a eficiência persecutória.

## REFERÊNCIAS

- BADARÓ, G. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BARRETO, Alessandro Gonçalves; FÉRRER, Everton Ferreira de Almeida. **Perícia em Celular: Necessidade de Autorização Judicial?**. *Revista Eletrônica Direito & TI*, 1(5). 2016. Disponível em: <https://direitoeti.emnuvens.com.br/direitoeti/article/view/52>. Acesso em: 08 mar. 2021.
- BINDER, Alberto M. **Introducción al Derecho Procesal Penal**, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 21 mar. 2021.
- BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1995. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm). Acesso em: 21 mar. 2021.
- CARVALHO, Jefferson. Brazilian Journal of Forensic Sciences, **Medical Law and Bioethics**, v.5, n.4, p.371-382, 2016. Disponível em: <http://www.ipebj.com.br/forensicjournal/edicoes?volume=5&numero=4&artigo=220>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- COSTA JÚNIOR, Marcos Antonio Corrêa. **A importância da utilização e da escolha de hashes criptográficos para a perícia forense computacional**. *Revista Eletrônica EngTech Science*, Jaboatão dos Guararapes, v. 1, n. 1, p. 45–70, 2014. ISSN 2358-5226. Disponível em: <http://faculdadeguararapes.edu.br/revista/index.php/reets/article/view/14/20>. Acesso em: 08 mar. 2021.
- COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- CUNHA, Pedro Luiz Lemos. **Implantação de cadeia de custódia de vestígios. Implicações para a gestão da polícia civil e do Distrito Federal**. Dissertação de Mestrado na Escola de Administração Pública da FGV. 2012. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br](http://bibliotecadigital.fgv.br). Acesso em: 20 out. 2020.
- DORAN, Robert A. **Exploring the links in the chain of custody**. Disponível em: <http://www.radoranassociates.com/main/downloads/Exploring%20The%20Links%20In%20The%20Chain%20Of%20Custody.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2020.

EDINGER, C. **Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 120, p. 237-257, maio/jun. 2016.

ELEUTÉRIO, Pedro Monteiro da Silva; MACHADO, Marcio Pereira. **Desvendando a computação forense.** São Paulo: Novatec Editora, 2019.

ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia.** 3. ed. Campinas: Millenium, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoria del garantismo penal.** 9. ed. Madrid: Trotta, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Prova Emprestada.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.1, n. 4, out./dez. 2007.

KENT, K. CHEVALIER, Suzanne, GRANCE Tim, DANG Hung. **Guide to integrating forensic techniques into incident response: recommendations of the National Institute of Standards and Technology.** Special publication. Gaithersburg: NIST, 2006. Disponível em: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-86.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2021.

LIMA, José Paulo da Silva. **Validação de Dados Através de Hashes Criptográficos: Uma Avaliação na Perícia Forense Computacional Brasileira.** 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/15966/1/Mestrado%20-%20CIn-UFPE%20-%20Jos%C3%A9%20Paulo.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2012

MEDEIROS, Flávia. **POLÍTICAS DE PERÍCIA CRIMINAL. NA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS.** Friedrich Ebert Stiftung. 2020. Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/16396-20200811.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2020

MIRABETE, Julio F. **Código de Processo Penal Comentado.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE. **Eletronic Crime Scene Investigation: A guide for first responders.** 2a ed. U. S. Department of Justice –Office of Justice Programs: Washington, 2001. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/219941.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.

NAVARRO, Erick *et al.* Direito, Processo e Tecnologia. In: CABRAL, Antonio Passos. **Processo e Tecnologia: novas tendências**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PARODI, Lorenzo. **Laudo requisitado pela defesa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/laudo-tecnico-cambio-desligo.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2021.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, G. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, G. **A cadeia de custódia da prova penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

POPPER, Karl Raimund. **Conjecturas e refutações**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1972.

SOARES, Gustavo Torres. **Investigação Criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites**. Dezembro de 2014. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SOUZA, Diego Fajardo Maranhã L. de. **Busca e apreensão digital: prova penal atípica**. Boletim IBCCRIM, São Paulo.

TARUFFO, M. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários Ao AnteProjeto de Lei Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. – Salvador: Editora Podivm, 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Cadeia de Custódia da Prova**. 2. ed, Portugal: Almedina, 2020.

ZAPATA, María Florência; ABOSO, Gustavo Eduardo. **Cybercriminalidad y Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B. 2006.

**Decisões:**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG.REG. NO HABEAS CORPUS 156.157** PARANÁ. Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES. DJ: 19/11/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5448080>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECLAMAÇÃO 32.722** MATO GROSSO. Relator: MIN. GILMAR MENDES DJ: 18/03/2020 . Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5601131>. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO EM HABEAS CORPUS No 99.735** -SC (2018/0153349-8). Relatora: MIN. MINISTRA LAURITA VAZ DJ:12/12/2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=88643916&num\\_registro=201801533498&data=20181212&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=88643916&num_registro=201801533498&data=20181212&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO EM HABEAS CORPUS No 104.176** - RJ (2018/0270095-7). Relator: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ DJ:14/05/2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2051627&num\\_registro=201802700957&data=20210514&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2051627&num_registro=201802700957&data=20210514&peticao_numero=-1&formato=PDF). Acesso em: 20 jun. 2021.